Schirmer

Die

Grundidee der Usucapion

im

Römischen Recht.

Ein historisch-dogmatischer Versuch

von

Dr. J. Th. Schirmer,

Privatdocenten zu Breslau.

Berlin, 1855.

J. Guttentag.

(T. Trautwein'scher Buchverlag.)

Vorrede.

Nicht ohne eine gewisse Scheu übergiebt der Verfasser in dem vorliegenden Hefte dem juristischen Publicum den ersten Theil einer Untersuchung, welche den Geist des Römischen Rechtes in und an einem einzelnen Institute zu entwickeln bestimmt ist. Denn nur zu nahe liegt die Vergleichung mit Iherings bekanntem Werke, welches sich dieselbe Aufgabe für den Umfang des gesammten Systemes gestellt hat. War nun auch die beiderseitige Uebereinstimmung in vielfachen einzelnen Gedanken bei gänzlich verschiedenen Ausgangspunkten dem Verfasser eine erfreuliche Bestätigung der eigenen Ansicht, so verhehlt er sich doch nicht, wie bei den glänzenden Vorzügen des gedachten Buches sein Versuch durch einen solchen Vergleich nur verlieren kann, und wie hoch überhaupt nach Iherings Leistungen auf diesem Gebiete die Anforderungen gestiegen sind, welche man an jede Behandlung eines ähnlichen Stoffes zu richten befugt ist. Der Verfasser muß deshalb doppelt um die Nachsicht des Lesers bitten und wagt nur darauf zu hoffen, daß man ihm das Zeugniß der Liebe zur Sache und die Anerkennung, wie er seinen Gegenstand mit wissenschaftlichem Ernste und redlichem Streben verfolgt habe, nicht versagen werde. Uebrigens glaubt er, daß eine monographische Darstellung wie die hier ge-

botene auch neben jener umfassenderen Arbeit immer noch ihren Platz beanspruchen darf. — Wenn zunächst nur deren eine Hälfte an die Oeffentlichkeit tritt, so hat dieß seinen hauptsächlichsten Grund in dem Wunsche, für die andere, wo möglich noch etwaige von einsichtigen Beurtheilern gegebene Andeutungen und Fingerzeige benutzen zu können. Für den Abschluß des ersten Bändchens möchte nun aber kein Abschnitt geeigneter sein als der gewählte, da die ganze folgende Erörterung es nunmehr einzig mit dem persönlichen Verhalten des Ersitzenden und den Erscheinungsformen zu thun hat, in denen dieses sich kund giebt. Ueber den allgemeineren Standpunkt, den der Autor bei Abfassung dieser Schrift eingenommen hat, und zu dem er sich innerhalb seiner Wissenschaft bekennt, mag jene selbst Rechenschaft ablegen, und so weit hier nöthig, dessen Rechtfertigung übernehmen, so daß es der Verfasser wohl unterlassen kann, sich an diesem Orte weiter darüber zu verbreiten.

Breslau, den 30. November 1854.

Dr. Schirmer.

§. 1. Dogmengeschichtliche Einleitung.

Es ist um die Usucapion ein eigenes Ding. Sie tödtet das Recht und setzt das Unrecht an dessen Stelle; so scheint es wenigstens auf den ersten Blick. Und doch ist sie ein Rechtsinstitut, hervorgegangen aus dem Rechtsgefühle und aufgenommen in das Rechtsbewußtsein des Volkes. Wie kann sich also das Unrecht in Recht verwandeln? Es ist dieß eine Frage, bei welcher man gemäß dem Entwickelungsgange, den die Wissenschaft im Laufe der Zeiten genommen hat, endlich auch einmal anlangen mußte. Oder richtiger gesagt, die Frage hatte man schon längst aufgeworfen, nach der Antwort aber suchen wir noch heute. An irgend einer Antwort hat es freilich niemals gefehlt. Allein man verstand die Frage anders, als man sie jetzt nur verstehen kann, und so fiel denn auch die Antwort anders aus, als daß durch sie unsere Frage hätte erledigt werden können. Dieß gilt bereits von den Römischen Rechtsquellen. — Auch sie enthalten eine Antwort, die man bis auf die jüngsten Tage herab[1]) als ausreichend anzusehen sich gewöhnt hat. Sie ist in den Digesten an die Spitze der ganzen Lehre von der Usucapion gestellt.

> L. 1. D. de usurp. (41, 3.) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent — (Gai. Lib. 21 ad Ed. prov.).

Und ähnlich heißt es in:

> L. 5 pr. D. pro suo (41, 10). Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa interim propter ea, quae nostra

1) Um nur ein Beispiel anzuführen, heißt es bei Arndt's Lehrbuch der Pand., München, 1852, §. 157: „Um der Sicherheit des Eigenthums willen ist angenommen, daß unter gewissen Voraussetzungen der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Eigenthumsbesitz das Eigenthumsrecht gewähre.

existimantes possideremus, ut aliquis litium finis esset. (Neratius Lib. 5 Membran.) 2).

Ferner bei Gaius:

Inst. Lib. II. §. 44 — quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent.

Dieselbe Betrachtungsweise findet sich denn auch bei Nichtjuristen.

Cicero pro Caecin. c. 26. Usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis et periculi litium.

Genauer betrachtet ist dieß nun eine rein äußerliche Rechtfertigung; denn an Stelle eines rechtlichen, wird uns ein politischer Grund 3) angeführt, der überdies von dem Zutreffenden, was er anscheinend hat, noch Manches verliert, wenn man bedenkt, daß sehr wohl jeder Erwerb als solcher provisorisch geschützt sein könnte, bis von anderer Seite das frühere und stärkere Recht nachgewiesen würde, ohne daß dieß durch den Zeitablauf völlig verloren zu gehen

---

2) Diese Aeußerung versteht Kori, Theorie der Verjährung, Leipzig, 1811, §. 24, p. 26 und §. 25, p. 29, in eigenthümlicher Weise dahin, „daß der Zweck der Verjährung überhaupt in Verminderung der Processe bestehe" und meint nun: „wer sollte es nicht zweckwidrig finden, daß man, um den Rechten Sicherheit zu verschaffen und zu große Anhäufung der Processe darüber zu verhüten, jene selbst ganz vernichtet und aufgehoben hat. Processe sind doch nur der Rechte wegen da; nicht umgekehrt". — Als ob die Rechte durch die Processe unsicher würden! Diese hat auch der Römer an sich nicht als Unglück betrachtet, sondern vielmehr die Unsicherheit der Rechte, die dann Processe ohne Zahl im Gefolge hat. Noch sonderbarer nimmt sich ein anderes Mißverständniß dieser Stelle aus. Leibnitz in einem an Leyser gerichteten und von diesem in seinen Meditat. ad Pandect., Lib. 41, Tit. 3, sp. 454, Tom. VII, p. 146 ed. Guelpherb. abgedruckten Briefe glaubt, jene Worte bezögen sich auf die Verschleppung der Processe, und meint, dagegen helfe eine schnelle Justiz.

3) Man hat früher vielfach die beiden Gründe, welche die Quellen für die Einführung der Usucapion angeben, für innerlich verschieden gehalten. So führt sie bereits Azo neben einander auf: Est autem inducta usucapio bono publico, i. e. utilitate publica contra aequitatem naturalem — ne scilicet quarundam rerum dominia diu, et fere semper incerta essent —. Vel inducta est, ut aliquis litium esset finis. (Summa in Tit. Cod. pro emt. fol. 187 b der Ausgabe Lugduni. Sub Scuto Coloniensi. Apud Joannem et Franciscum Frellaeos fratres. 1540.) Nicht anders die Glosse. Siehe Gl. ad pr. J. de usuc. II, 6. v. ne rerum dominia. Haec est ratio, quare usucapio sit indncta. Est et alia, scilicet, ut aliquis sit litium finis. Vgl. Gl. ad L. 1 D. h. t. v. fere. Gl. ad L. 5 D. pro suo v. finis. Auf das letzte Fragment berief man sich früher meist, um die Eigenschaft der praescriptio temporis als einer exceptio litis finitae darzuthun. So u. A. Paulus Castrensis ad L. 1 D. h. t. (In primam partem Digesti novi Commentaria, Lugd. 1585, fol. 61 a.) Das bei Azo gerügte Mißverständniß findet sich übrigens auch noch in weit späterer Zeit. So bei Majansius Disputat. juris Tom. II, Disp. 50, Nr. 3. Lugd. Batav. 1752, p. 246. Ueber die eigenthümliche Natur dieses Grundes ist er aber wenigstens im Klaren, wenn er sagt: „Utraque causa politica est, et ambae arguunt, usucapionem esse civile inventum." — S. auch Hameaux. Usucapio und long. temp. Praescr. Giessen, 1835. p. 13, Not. 10.

brauchte[4]). Einen Schutz gegen den Verlust von Beweismitteln für den Erwerb des letzten Besitzers gewährte die Usucapion ja bekanntlich nicht; der justus titulus war stets noch darzuthun. Dessen überhob den Besitzer erst die außerordentliche Ersitzung und unter Umständen die Klagenverjährung.

Nichts desto weniger ließ man sich hieran denn doch lange Zeit hindurch genügen. So zunächst die Glossatoren. Ihre Doctrin ist in Kurzem folgende. Sie unterscheiden streng zwischen usucapio und praescriptio; jene ist die Ersitzung der Mobilien; unter dieser wird, wo sie ohne weiteren Zusatz steht, die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung der Immobilien[5]) und ihrer beweglichen Pertinenzen[6]) verstanden. Nur ausnahmsweise findet sich auch der erstere Ausdruck in einem weiteren, die praescriptio longi temporis mit umfassenden Sinne gebraucht[7]). An die letztere schließt sich dann die praescriptio longissimi temporis an[8]), mit welcher aber vielfach die Verjährung der Vindication vermischt

4) Einen Mittelweg will Kori (a. a. O. §. 27 a. E. p. 37) hier einschlagen, indem er es für räthlich hält, dem Vindicanten nach gewisser Zeit den Beweis seines besseren Rechtes zu erschweren. — Eine durchaus verfehlte Ansicht stellt er aber (a. a. O. p. 27) über die Wirkung der Usucapion auf. Sie sei es, meint er, welche „die Gewißheit des Eigenthums mindere, da ohne sie keine rei vindicatio, sondern bloß eine actio Publiciana Statt finden würde, gegen welche wenigstens der redliche Besitzer, dafern er unter Eigenthumstitel erworben hat, gesichert ist.“ Gegen den ersten Irrthum, daß es ohne Usucapion kein nachweisbares Eigenthum geben würde, hätte ihn schon die Glosse (Gl. ad L. 1 D. h. t. v. fere) warnen sollen. Eben so unrichtig ist das, was Kori von der Publiciana sagt. Auch sie gewährt bekanntlich keinen Schutz gegen ein relativ besseres Recht, als welches nicht etwa bloß das Eigenthum angesehen wird. Vgl. L. 9, §. 4 D. de Publ. 6, 2. L. 31, §. 2 D. de A. E. V. 19, 1 und consequent müßte nun ja an die Stelle der exceptio dominii überall eine Einrede aus dem besseren Rechte des Autors treten.

5) Gl. ad L. 3 D. h. t. v. acquisitio. Item large accipe usucapionem pro praescriptione ut hic et toto hoc tit. — Sed proprie usucapio est in re mobili: praescriptio in re immobili ut C. de long. temp. praescr. L. 2. — Gl. ad pr. I. h. t. v. usucapiantur. Vgl. v. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte des gem. Civ. Rechts. Riga und Leipz. 1839. §. 9, p. 44 ff.

6) S. Azo Summ. Cod. de long. temp. praescr. VII, 33, fol. 191b. Locum habet ista praescriptio longa in rebus immobilibus, non in rebus mobilibus, nisi in servo rustico, qui quum sit glebae portio, cum gleba. In dieser Hinsicht hat besonders L. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 bis in die neuesten Zeiten herab zu mannichfachen Controversen Anlaß gegeben. Vgl. darüber Hameaux a. a. O. p. 49 ff.

7) Als Grund dafür giebt Placentinus Summ. in Tit. Cod. de usucap. proemt. VII, 26, Mogunt. 1535, p. 223 an: Et ponitur in definitione nomen usucapionis tam pro usucapione rerum mobilium, quam pro praescriptione immobilium. Nempe olim rerum immobilium praescriptio dicebatur usucapio, und wörtlich gleichlautend Azo a. a. O. fol. 187b.

8) Vgl. u. A. Azo Summa Cod. de praescr. XXX vel XXXX annor. fol. 192b.

und verwechselt wurde[9]), wie denn die Klagverjährung überhaupt den Namen „praescriptio“ mit der Ersitzung theilt[10]). Beide Rechtsinstitute, usucapio und praescriptio, werden nun unter wesentlich abweichenden Gesichtspunkten betrachtet. Doch findet sich auch wieder in Bezug auf manche Punkte eine gewisse Uebereinstimmung zwischen ihnen. Die Berufung auf das bonum publicum als den Grund für die Einführung beider[11]) nimmt dabei natürlich die erste Stelle ein; es besteht in der Sicherheit der Eigenthumsrechte, in der Vermeidung endloser Prozesse[12]). Dieß könnte freilich als eine Härte gegen den wirklich Berechtigten erscheinen; allein wenn dieser durch die Ersitzung in Nachtheil geräth, so hat er es doch immer seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben und hinlänglich verdient, das Eigenthum zu verlieren, um welches er sich so wenig kümmerte[13]). Und auch in dieser Rechtfertigung der Usucapion ging die Glosse[13a]) nicht über das in den Quellen vorgefundene Material hinaus. Usucapio introducta est — heißt

---

9) Vgl. Haenel Dissensiones Dominorum. Lipsiae, 1834. Hugol. §. 329, dessen Text freilich durchweg nach Gl. v. uti ad L. 8, §. 1 C. de praescr. 30 vel 40 ann. zu verbessern sein dürfte. Gl. tempore i. f. cit. und das allerdings ungenaue Referat bei Roßhirt Dogmengesch. d. Civil-R. Hdlbg. 1853. p. 219. Nro. 4.

10) Vgl. Azo l. l. Sive quae actio sit in rem, sive in personam, sive pro universitate, sive pro re singulari competat, hac praescriptione XXX annorum tolletur. Die Vermittelung zwischen der Präscription einer dinglichen und persönlichen Klage scheint ihm die quasi possessio zu bilden: Porro ubi quis XXX annis praescribit actioni in rem, oportet ipsum possedisse rem XXX annis — si quis vero actioni in personam vel juri personali praescribit, non est possessio necessaria, quae vere non potest esse in jure; est tamen quasi possessio et cum ea procedit.

11) Gl. ad L. 1 D. h, t. v. bono publico i. e. ad utilitatem omnium communem.

12) Vgl. die Note 3 citirten Stellen.

13) Gl. v. bono publico cit. Sed sibi imputet negligens ut Tit. R. I. L. quod quis (50. 17. 203). Azo im Verfolg der oben Note 3 angeführten Worte.

13a) Wenigstens möchte auch Rogerius in den Worten: „Est ergo praescriptio omnis exceptio ex tempore essentiam capiens.“ (Tract. de praescr. cap. I, §. 1, p. 109 des von Unterholzner Verjährungslehre Bd. I, p. 25 gedachten Kölner Nachdrucks von 1568) mehr nur ein äußerliches Criterium als das in der Usucapion wirksame Grundelement angeben. Es tritt hierbei übrigens recht deutlich hervor, wie man gerade aus der Vermischung von Ersitzung und Klagverjährung zu einer solchen Charakteristik kam. So erklärt sich denn schon der Canonist Hostiensis († 1271) gegen jene Definition (De praescript. rer. immob. §. 1 a. a. O. p. 188) und legt auf den Besitz größeres Gewicht. Tu dic praescriptio est exceptio, jus quoddam ex tempore continuae possessionis rerum immobilium. In der sonstigen Auffassung der Usucapion stimmt er aber ganz mit der Glosse überein. Vgl. De usucapionibus §. 1 ebend. p. 144, 145.

es in der schon oben citirten L. 1 D. de usurp. — ne incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium[14]). Nur in einem Punkte tritt die Glosse selbständiger auf und eröffnet damit einen langandauernden Streit. An mehreren Stellen[15]) wird von der Usucapion gesagt, sie sei contra naturalem aequitatem eingeführt, und mit ihr sogar die Sklaverei in Parallele gestellt. Es muß dieß um so mehr befremden, als zu gleicher Zeit der Vorwurf einer materiellen Ungerechtigkeit der Usucapion, wie wir gesehen haben, entschieden zurückgewiesen wird. — Es bleibt zur Erklärung dieses Widerspruches kaum etwas Anderes übrig als die Annahme, daß die Glossatoren in dem juristischen Zusammenhange des ganzen Rechtsinstitutes sich nicht recht heimisch fühlten, daß dessen Grundgedanke ihren Rechtsideen fremdartig gegenüberstand, mochte gleich dieser Zwiespalt mehr nur in ihrem Gefühle existiren, als zum vollen, klaren Bewußtsein bei ihnen durchgedrungen sein. — Eine positive Bestätigung für diese Vermuthung finden wir einmal schon in den Citaten einzelner Fragmente der Römischen Rechtsquellen, gegen welche nach Ansicht der Glosse die Ersitzung verstoßen soll. Als solche werden uns genannt: L. 1 i. f. D. neg. gest. 3. 5. — vel injuria rem suam amittant. L. 14 D, cond. ind. 12. 6. Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. L. 74. D. R. J. 50. 17. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. Deutlicher noch spricht der über die Wirkung der praescriptio X vel XX annorum unter den Glossatoren mit so

---

14) Nicht anders ist es zu verstehen, wenn in L. 2 C. de ann. exc. VII, 40 gesagt wird: Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus. — Denn auch hier handelt es sich nicht um eine dem Nachlässigen neu aufzuerlegende Strafe, sondern darum, die Aufmerksamen nicht unverschuldeter Weise um das Ihrige kommen zu lassen, so daß die im Druck ausgezeichneten Worte nur das sagen wollen: „die Nachlässigen haben sich nicht zu beklagen, wohl aber die Betriebsamen, und denen soll nun geholfen werden". Ganz denselben Gedanken enthalten denn auch die Schlußworte der L. 3 C. eod. Ueberdies aber sprechen beide Gesetze nicht einmal von der Usucapion.

15) Gl. ad L. 1 D. h. t. v. bono publico i. e. ad utilitatem omnium communem contra aequitatem naturalem — sic et servitutes sunt contra jus naturale ut Inst. de jure pers. §. servitus. Et sic est aliud bonum, aliud aequum. Gl. ad Auth. Coll. II, Tit. 4, Nov. 9 v. improba. Iure naturali inspecto — sed jure civili comprobatur.

großer Heftigkeit geführte Streit[16]). Martinus und der bei Hugolinus §. 327 genannte Jacobus sind der Ansicht, daß wie durch die Usucapion, so auch durch die Präscription das Eigenthum erworben werde; Bulgarus und Johannes Bassianus leugnen letzteres und nehmen hier nur den effectus dominii, wie es im Codex Chisianus heißt, oder ein dominium utile, wie die Glosse[17]) sich ausdrückt, als den Erfolg des zehn- und zwanzigjährigen Besitzes an. Dieselbe Streitfrage wiederholt sich in Betreff der außerordentlichen Ersitzung[18]). Hier ging man aber noch weiter; während man im ersteren Falle dem Präscribenten wenigstens das utile dominium einräumte, soll ihm die dreißigjährige Ersitzung die Vindication ausschließlich gegen Dritte, nicht aber gegen den Herrn der Sache verschaffen[19]). Es zeigt sich hierin eine durchgreifende Opposition gegen den Uebergang des Eigenthums in Folge der Usucapion; diesen konnten sie mit ihrem Rechtsgefühle nicht vereinigen[20]). Und allerdings wußte das germani-

---

16) Siehe Haenel Diss. Dom. Vetus Coll. §. 27, Roger. §. 27. Cod. Chis. §. 55, Hugol. §. 328 und außer den dort gegebenen Nachweisen noch Gl. ad Nov. 9 cit. Den citirten Paragraphen des Hugolinus scheint Roßhirt a. a. O. fälschlich auf die außerordentliche Ersitzung beziehen zu wollen. Im §. 327 ist aber allerdings auch von ihr die Rede. Vergl. übrigens noch Rogerius Tract. de praescr. cap. II, §. 12, p. 117 a. a. O.

17) Gl. ad L. 3 D. h. t. v. acquisitio. Accursius entscheidet hier überall für Bulgarus.

18) Haenel Diss. Dom. Hugol. §. 327. Vgl. Rogerius tract. c. III, §. 10, p. 122.

19) Gl. im Casus zu L. 8 C de praescr. 30 vel 40 ann. Gl. ad §. 1 eod. v. uti. al.

20) Daß diese Streitfrage nicht etwa durch historische Untersuchungen über die Bedeutung der L. un. C. de usuc. transf. VII, 31 veranlaßt wurde — in diesem Zusammenhange gedenkt v. Madai der Unterscheidung von usucapio und praescriptio bei den Glossatoren (s. oben Note 5) — zeigt schon der Umstand zur Genüge, daß weder die Glosse zu jener Constitution des Streites Erwähnung thut, noch bei dessen Verhandlung das Justinianische Gesetz angezogen wird. Wo aber die Glossatoren auf die historische Gestaltung des Institutes eingehen, kommen sie — und das ist eine beachtenswerthe Erscheinung — umgekehrt zu dem Resultat, der inneren Uebereinstimmung von drei- und zehnjähriger Ersitzung. So in der bei Wenck Magister Vacarius, Lips. 1820, p. 287, Nr. 330 abgedruckten Glosse, in welcher übrigens offenbar statt: „in omnibus autem rebus tam italici soli, quam provincialibus sc. mobilibus" gelesen werden muß: „tam italicis quam provincialibus etc." Zu vollem Ueberfluß sagt Azo in der Summe zu L. un. cit. fol. 189b von jenem frühern Zustande: „In Italia vero praescribebantur res soli biennio." Vgl. auch Note 7. Gegen die Beweiskraft dieser Zeugnisse darf auch nicht eingewendet werden, die allgemeine Bezeichnung für alle Verjährung sei praescriptio. Daß dieß nicht die Azonische Terminologie ist, werden die bisherigen Citate gezeigt haben; in Betreff der Accursischen Glosse kann hier noch insbesondere auf den Digestentitel de diversis temporalibus praescriptionibus verwiesen werden. Wir werden also zugeben müssen, daß der Unter-

sche Recht hiervon nichts; denn selbst die rechte Gewere, welche an Immobilien ersessen wurde, gab nur das Recht zum Beweise, nicht das Recht an der Sache[21]. —

Die Gestalt, welche unsere Lehre in der bisherigen Periode genommen hatte, behielt sie denn auch in der folgenden bei den Commentatoren des vierzehnten und funfzehnten Jahrhunderts im Großen und Ganzen unverändert bei. Ja, dieß gilt selbst noch von den Zeiten des Ueberganges zu der französischen Schule, wie wir denn gerade dort in des Balbus Tractatus de praescriptionibus der vollendetsten Durcharbeitung begegnen, welche unserem Stoffe von jenem Standpunkte aus zu Theil geworden ist. Man berief sich auf das bonum publicum, wie die Glossatoren es thaten, wenn gleich darüber, was unter jenem staatlichen Interesse zu verstehen sei, zum Theil ziemlich unklare Vorstellungen herrschten[22]. Man charakterisirte die Ersitzung als Institut des jus civile, welches contra naturalem acquitatem eingeführt sei[23],

schied von praescriptio und usucapio sich nicht an die historische Entwickelung dieser Institute, noch an die Zeit, sondern an den Gegenstand der Ersitzung anknüpft. So läßt denn auch folgende Aeußerung der Glosse ihren eigentlichen Standpunkt ziemlich deutlich durchblicken. Gl. ad pr. D. h. t. v. dominio rerum. Et est ratio, quare usucapione magis dominium quaeratur, quia mobilium rerum vilis est possessio. — Es soll nun damit nicht gesagt sein, daß der Darstellung unserer Lehre im Corpus Juris gar kein Einfluß auf die Auffassung der Glossatoren zugestanden werden dürfe; vielmehr fanden sich dort in der That mancherlei Anknüpfungspunkte vor, wie die in Bezug auf usucapio und praescriptio befolgte Terminologie, die immerhin noch erkennbare frühere Natur der praescriptio, der Zusammenhang zwischen außerordentlicher Ersitzung und Klagverjährung. Allein die Art, wie alle diese Umstände in dem Aufbau der neuen Lehre benutzt wurden, und zwar unerachtet des dagegen erhobenen Widerspruches, das entschiedene Zurückdrängen desselben, die Gewalt, welche selbst einzelnen Stellen angethan wird — wir erinnern an Gl. v. uti, v. ita tamen ad L. 8 C. de praescr. 30 vel 40 ann. — um sie mit dieser Lehre in Einklang zu bringen: das Alles zeigt, daß in den Quellen die Grundlage derselben nicht ausschließlich zu suchen ist. Diese im Einzelnen noch näher nachzuweisen, als hier andeutungsweise geschehen ist, dürfte mehr die Aufgabe des Germanisten als des Romanisten sein.

21) Vgl. Bruns: Das Recht des Besitzes. Tübingen, 1848. §§. 35, 36, 37 und die dort in großer Zahl gelieferten Beweisstellen.

22) So hält u. A. Angelus Aretinus Comm. in Inst. ad h. t. das staatliche Interesse dem Vermögensinteresse des Usucapienten gegenüber für das secundäre Moment: Nec obstat, quod praescriptio introducta est ex bono publico, quum illud bonum fuit inductum principaliter in favorem privatorum, non ipsius reipublicae — et secundario reipublicae. (Lugd. 1547, fol. 73ª.)

23) Anderer Ansicht ist hierüber Paulus Castrensis loc. cit. fol. 61ª zu den Worten der Glosse: „et sic est aliud bonum“ — utrumque debet concurrere, quod sit bonum et quod sit aequum — et tamen reperitur aliquando contrarium — quia est quoddam bonum sed non aequum ut hic — vel dic, quod illud est aequum attenta aequitate in specie propter

indem man dabei selbst die Worte der Glosse wiederholte. Allein das theoretische Bedenken, welches dieselbe in dieser Beziehung angeregt hatte, steigerte sich, sofern man sich alles Ernstes die Frage aufwarf, ob denn die Usucapion in der That Anspruch auf practische Geltung habe[24]). Für ihre Bejahung entschied nun freilich die Autorität des geschriebenen Rechtes. Dagegen hatte diese nicht durchdringen können wider die bereits in der Accursischen Glosse aufgenommene Ansicht des Bulgarus über die Wirkung der zehnjährigen und außerordentlichen Ersitzung[25]); vielmehr war der Streit darüber so sehr zu seinen Gunsten entschieden, daß selbst seine späteren Gegner wie Petrus de Bellapertica kaum wagen für ihre theoretisch richtige Meinung auch praktische Aner-

---

concurrentiam illorum, de quibus — licet attenta aequitate in genere non sit aequum; et hoc magis placet. Ueberhaupt ist Paulus de Castro wohl derjenige unter den Scribentes, der sich am meisten einer unbefangenen Quellenforschung zuwendet.

24) Die Frage erscheint hier in der Gestalt, wie doch der in der Usucapion wirkende rigor juris civilis die aequitas scripta (L. 14 D. cond. ind. 12, 6. L. 74, R. I. 50, 17) habe überwinden können, da vielmehr jener durch die letztere hätte beseitigt werden müssen? Vgl. Bartolus Comm. in Dig. Nov. Basil. 1588. p. 286 ad L. 1 D. h. t. Albericus de Rosate Comm. in Dig. Nov. Lugd. 1545, ad L. 1 D. h. t. fol. 98ᵇ u. A. m. Man erklärte dies dann daraus, und Bartolus beruft sich dafür auf die Autorität des Dinus, daß die lex specialis der generalis derogire: Solvit Dynus, quod quando ambo scripta sunt in specie, et tunc unum praefertur alteri; secus quum unum est in genere, aliud in specie.

25) In gedrängter Fassung findet sich die damalige Theorie bei Baldus Comm. ad IV Instit. Libr. Lugd. 1585, fol. 52ᵃ zum pr. I. h. t. dargelegt: Et ex hac differentia praescriptionis colligit ipse Dynus, quare per praescriptionem X vel XX annorum quaeritur dominium utile et per usucapionem directum, quia prima est mere favorabilis et ideo ex ea plenissime jus quaeritur; secunda est mixta, et ex ea causa, quia est favorabilis, quaeritur utile dominium. Tertia scilicet praescriptio longissimi temporis minus jus tribuit, quia est totaliter odiosa, et ideo executionem dominii parit. Vgl. Baldus Comm. in Cod. Lugd. 1585, fol. 41ᵇ zu L. 8 de praescr. 30 vel 40 ann. und außerdem Bartolus loc. cit. p. 287 zu L. 3 D. h. t. Paulus Castrensis ad Rubr. Cod. de usuc. pro emt. fol. 117ᵇ u. A. Nach Balbus tract. de praescript. Colon. Agrippin. 1590 giebt die Immemorialverjährung das dominium directum (p. 46) die usucapio als „favorabilis" desgleichen, die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung so wie die praescriptio von dreißig Jahren, wenn sie im guten Glauben vollendet wird, das „utile dominium" (p. 10, 38) jedoch mit dem Unterschiede, daß im letzteren Falle die actio utilis gegen den besitzenden dominus directus nicht mit Erfolg angestellt werden kann, während sie sonst gegen ihn nicht minder wie gegen jeden Dritten durchgreift (p. 45). Neben dem dominium utile des Usucapienten bleibt dem Eigenthümer das dominium directum und damit eine actio directa, die indessen nur gegen Dritte anwendbar ist, dem Usucapienten dagegen weichen muß. Die praescr. XXX annor. ohne bona fides hat einzig eine exceptio aber keine Klage zur Folge (p. 10, 38, 45). Vgl. hiermit die Relation bei Baudoza nach der Gl. improba zu Nov. 9, p. 94.

kennung zu fordern[26]). Man ist also auch in Betreff der eigenthümlichen Sonderung von Usucapion und Präscription im Allgemeinen der Glosse treu geblieben, wenn gleich im Einzelnen beide Institute einiger Maßen näher rückten[27]). Dagegen hatte das Römische Recht in dieser Materie zur Zeit der Commentatoren von anderer Seite her einen schweren Stoß zu bestehen. Die vom kanonischen Recht wegen des Erfordernisses der bona fides neu aufgestellten Grundsätze wurden jetzt in die Doctrin übergeführt, wie in der Anwendung zu Kraft gebracht. Es ist dieß ein Vorgang über den wir uns hier nicht weiter auszubreiten brauchen, der aber eben so deutlich wie das bisher über die Auffassung der Ersitzung Gesagte erkennen läßt, daß man dieser Zeit vom Verständniß des Römischen Rechtes weit entfernt war; denn daß die mala fides superveniens nicht schade, ist nur eine consequente Forderung des der Usucapion zu Grunde liegenden Gedankens; ja, selbst dann, wenn man im Besitze dieser Erkenntniß gewesen wäre, hätte dieß doch kaum zu etwas Anderem führen können, als die Kluft zwischen dem Römischen und dem eigenen Rechtsbewußtsein zu vergrößern; denn darüber waltete gar kein Zweifel ob, daß jene Neuerung des kanonischen Rechtes eben eine solche war, und dem geschriebenen Rechte der Justinianischen Compilation widerstritt[28]).

Erscheint so das Römische Recht bei Glossatoren und Scribenten in einer erst durch das Recht der Gegenwart vermittelten, und darum trüben und unklaren Auffassung, sind es

---

26) Vgl. die Relation bei Baldus Comm. in Inst. loc. cit. No. 10 und 11.

27) Vgl. Roßhirt Dogmengesch. p. 215, 216. Die dort in Bezug genommenen Worte des Bartolus zu L. 2 Cod. in quib. caus. cess. p. 167 lauten also: „et tunc — nämlich wenn man das „cum" des Textes temporaliter d. h. gleichbedeutend mit quando verstehe — secundum regulam istam non negatur, quin res mobilis possit praescribi longo tempore, tamen non est necesse post usucapionem. Vgl. G. Durandi Tract. de praescript. p. 93, Nro. 6 des Kölner Sammelwerkes (bei Unterh. p. 25, III, 1).

28) Nach einer bei Alciat Comment. in Tit. X de praescript. O. O. Basileae apud Mich. Isingrinium, Tom. IV, col. 570, No. 9 gegebenen und durch zahlreiche Citate belegten Notiz wären die Scribentes zum Theil so weit gegangen, die exceptio praescriptionis in allen Arbitrien auszuschließen, wogegen Alciat nur bei einer Versäumniß der Vertreter oder vorhandener mala fides damit einverstanden ist. So weit es mir möglich war, die gegebenen Belagstellen nachzuschlagen, ist dort bloß von dem letzteren Falle die Rede. Vgl. besonders Johannes de Imola ad L. sequitur (4) §. si viam (27) D. h. t. Super primam Digesti Novi, Lugd. 1549, fol. 72ª. Sehr weitläufig wird diese Frage von Balbus l. 1, p. 18–24 behandelt; auch ist das erwähnte Mißverständniß dort bereits gerügt.

namentlich die letzteren, welche den ihnen fremdartigen Ideen auch in thatkräftigerer Weise entgegen wirken, so ist das Verhältniß in der französischen Schule des sechszehnten Jahrhunderts ein völlig umgewandeltes[29]). Es wird wenigstens das Material klar gesichtet und geordnet, und uns wenn auch nicht der Geist, so doch der Stoff der fremden Gesetzgebung in treuer Form geboten. Schon bei Alciat finden sich die Anfänge dieser neuen Richtung. Zwar giebt er uns noch die Theorie der Commentatoren in Betreff der Wirkung von praescriptio longi und longissimi temporis, allein er bringt dadurch wenigstens eine größere Einheit in die ganze Ersitzungslehre, daß er auch die Usucapion der Mobilien das frühere Eigenthum nicht geradezu zerstören läßt. Ja, er erklärt dieß förmlich für eine juristische Unmöglichkeit: In usucapione enim lex veri domini auctoritatem atque ejus personae et medullis jus inhaerens omnino auferre non potest, licet illud inefficax reddiderit[30]). Es ist dieß ein Zeugniß für die Richtigkeit des oben von uns Vorgetragenen, wonach die Rechtsanschauung der Zeit feindlich der Usucapion gegenüberstand, wie wir es von dem Be-

29) Eine besondere Rücksicht auf die Canonisten zu nehmen, dessen dürfen wir uns hier wohl überheben, indem es uns nach dem Plane dieser Einleitung nicht sowohl auf die materiellen Schicksale der Usucapion, als auf die wechselnde Auffassung der Römisch-rechtlichen Lehre ankommt. Eine eigenthümliche Erscheinung ist es indessen, daß gerade unter den Canonisten dieser Zeit sich namhafte Vertheidiger der Billigkeit von Usucapion und Präscription finden. So Johannes Andreä (ad c. possessori (2) de R. I. in IVto). Petrus de Ancharano (zu derselben Stelle. Nr. 7. Super Sexto Decretalium 1543 apud Vincent. de Portonaris. fol. 69[a]) u. A. zum Theil freilich von dem rein formalen Standpunkte des Gesetzes. Die Berufung auf das Gesetz scheint hier übrigens fast zu einem caput tralaticium geworden zu sein. So begegnen wir ihr z. B. wieder bei Covarrurias ad cap. cit. pars I, i. f. p. III init. O, O. Francof. ad Moen. 1599. p. 427, 476, 477.

30) De quinque pedum praescriptione. Tom. III, col. 602, Nro. 61. Ebendeshalb sei hier von einer adjectio dominii die Rede, quia verum dominium ex consensu partium non transfertur, sed ex auctoritate legis. Nro 59 loc. cit. Freilich öffnet sich dann Alciat wieder eine Hinterthüre, durch die er zu den Glossatoren und Commentatoren einschlüpft. Die Uebertragung des dominium directum finde bei Mobilien zwar dennoch Statt, aber nicht sowohl in Folge der Usucapion, als in Folge des Gewährenlassens von Seiten des Herrn, da eine wider seinen Willen in Besitz genommene Sache als furtiva der Ersitzung entzogen sein würde. Comment. in Tit. X. de praescr. Nro. 34. Auch weicht er darin von der bei den Scribentes herrschenden Theorie ab, daß ihm die außerordentliche Ersitzung ein utile dominium wie die zwanzigjährige verschafft. Vgl. a. a. O. Nro. 22 und de V ped. praescr. Nro. 61. Indessen hatte er darin bereits Vorgänger gefunden, und zwar auch solche, die im Uebrigen der Ansicht des Martinus nicht anhingen. Vgl. den Zusatz §§. zur Gl. ad Auth. Coll. II, Tit. 4 v. improba bei Baudoza Corporis Justinianei pars IIII seu ult. quam vulgo parvum volumen vocant. Lugd. 1593.

gründer der historisch-philologischen Rechtsschule kaum erwarten durften, welches aber gerade deshalb mit um so größerem Gewichte für unsere Ansicht spricht. Ingleichen nimmt er unter Berufung auf die Römischen Quellen den Ausdruck usucapio nicht minder für die Ersitzung der Immobilien als für die der Mobilien in Anspruch, und ebenso behauptet er, daß die praescriptio ganz allgemein die aus der Usucapion hervorgehende Einrede gegen das frühere Recht, oder mit Alciat zu sprechen, gegen das noch existirende Recht des Dominus sei, wonach sie also auch auf bewegliche wie unbewegliche Gegenstände in gleicher Weise Anwendung finden muß[31]. Trotz der handgreiflichen Irrthümer, welche Alciat hierbei begeht, ist dennoch in dem Streben nach einer einheitlicheren Gestaltung der ganzen Doctrin ein unläugbarer Fortschritt gegen die Postglossatoren anzuerkennen. Auf der andern Seite freilich tritt das Princip der Präscription, d. h. der indirecten Aufhebung des in der Zeit erlöschenden Rechtes, wie die Römische Klagverjährung sie zeigt, weit entschiedener hervor als früher, wo der Buchstabe des Gesetzes wenigstens die Usucapion seiner Herrschaft entzogen hatte. —

Indessen gleicht dieser Sieg des Princips der Präscription doch nur dem letzten Aufflackern eines in sich zusammensinkenden Feuers. Die französische Schule stellt, etwa abgesehen von der außerordentlichen Ersitzung, die hier zu größeren Zweifeln Anlaß gab, die directe Aufhebung des bisherigen Eigenthums als den wesentlichen Character der Usucapion an die Spitze der Lehre[32]. Es wird jeder Unterschied von usucapio und longi temporis prae-

---

31) Vgl. Comm. in tit. X de praescr. Tom. IV, col. 569, Nro. 3 — unde consequens est, ut usucapio proprie de ipso jure acquisitio dicatur, etiam in rebus immobilibus. Sed exceptio oriens ex tali usucapione immobilium vel jurium dicitur praescriptio. Das heißt denn doch wohl nur so viel als: praescriptio heißt bloß die Einrede, nicht das an Immobilien u. s. w. erworbene materielle Recht.

32) So Corasius ad Rubr. Dig. de servitut. O. O. Viteberg. 1603. Tom. I, p. 504, 505. Duarenus Commentatio altera in Tit. Dig. de usuc. O. O. Lugd. 1584. p. 881, Cap. V. Donellus Comm. jur. civ. Lib. V, c. 4, §. 8, §. 10 sq. Ed. Bucher Vol. III. Norimberg. 1822. p. 44 ff. Bei dem Ersteren finden sich auch noch literarische Nachweisungen über die ferneren Schicksale der Ansicht des Glossator Martinus, die namentlich bei Joh. Faber und den Citramontanen ihre Vertheidiger fand. Uebrigens findet sich die Meinung, wonach longi und longissimi temporis praescriptio nur eine utilis actio gewähren, selbst noch bei Cujacius Paratitt. in Cod. VII, 39. O. O. Venet. 1758. Tom. II, col. 423. Recit. in Cod. L. 8 de praescr. 30 annor. Tom. IX, col. 979. Wegen des über die Auffassung der dreißigjährigen Ersitzung Gesagten vgl. oben Donellus l. l. Lib. V, c. 31, §. 20, p. 275, 276.

scriptio für das Justinianische Recht auf das Entschiedenste bekämpft und einzig das eingeräumt, daß vor der L. un. C. de usuc. transform. die letztere sich ausschließlich auf Provinzialgrundstücke bezogen, und hier nur ein dem Eigenthume ähnliches Recht gegeben habe[33]. Der traditionellen Frage nach der aequitas der Usucapion begegnen wir auch hier wieder, aber in anderer Richtung. War man nämlich bis dahin nicht sowohl darauf ausgegangen das Fremdartige zu begreifen, als vielmehr zu beseitigen, so ist dieses feindselige Bestreben nunmehr dem innigen Anschließen an die Quellen gewichen. Diese boten hier verschiedene Anknüpfungspunkte, die sich denn auch alle mehr oder minder benutzt finden. Die Rechtfertigung der Usucapion durch das bonum publicum, das Zugeständniß, daß sie jure civili eingeführt sei, nimmt dabei natürlich die erste Stelle ein[34]). Zum Theil berief man sich ausschließlich auf das staatliche Gebot der Sicherheit des Eigenthums, und fand schon darin das bonum publicum hinreichend dargethan[35]), gefiel sich auch wohl darin, nach dem Vorgange des Theophilus[36]) die einzelnen Uebelstände aufzuzählen, denen durch die Usucapion und deren Einführung abgeholfen sei[37]). Zum Theil stellen aber die Juristen dieser Zeit neben der Gewißheit des Eigenthums noch andere Folgen der Ersitzung als durch das Staatswohl erfordert und als Inhalt des bonum publicum auf. So die Rücksicht auf die Nachlässigkeit des bisherigen Eigenthümers[38]), die zu verhüten im öffentlichen Interesse liege. Mit

---

33) Siehe Donellus l. l. Lib. V, c. 4, §. 4, 5, 9.

34) Cujacius Ad Tit. Dig. de usuc. Leg. 1. O. O. Tom. 1, col. 963. Recit. in Lib. XII Paulli ad Ed. L. 18 D. ex quib. caus. maj. Recit. in Lib. III. Quaest. Papin. ad L. 19 D. eod. al. Wenn er dagegen in den Recit. ad Lib. XLVIII Paulli ad Ed. L. 18, §. 1 D. damn. inf. läugnet, daß die usucapio „damnosa" sei, so geschieht dieß einzig von dem Standpunkte des bei der cautio damni infecti maßgebenden formellen Rechtes aus. Auch Donellus l. cit. Lib. V, c. 30 besonders §. 3 hebt das bonum publicum als das Wesentliche hervor.

35) So namentlich Cujacius an den in der vorigen Note citirten Stellen.

36) Paraphras. Inst. Lib. II, Tit. VI pr. Vgl. Note e bei Reitz (Theoph. Paraphr. Hagae Com. 1751. p. 282).

37) So Ant. Augustinus Ad Inst. h. tit. O. O. Lucae 1706. Vol, II, p. 491. Pulvaeus Ad legem Atiniam. cap. 1, bei Otto Thes. Tom. IV, col. 328. Donellus loc. cit. V, 30, §. 7 u. A. m.

38) So z. B. Connanus Comm. jur. civ. Lib. III, c. 11. Basil. 1557. p. 282. de Retes ad legem Atiniam. Nr. 8. Denique sciendum est, bono publico inductam esse usucapionem ob duplicem causam. Prima respicit usucapientem, ne rerum dominia in incerto sint, secunda

dieser Hinweisung auf das allgemeine Beste glaubte man nun aber auch Alles abgethan. Freilich wird dadurch die Behauptung, die Usucapion sei contra naturalem aequitatem eingeführt, nicht aufgehoben, sondern stillschweigend als richtig anerkannt, was dann allerdings das verdeckte Geständniß enthält, daß man ausschließlich in der positiven Rechtsvorschrift den Grund des Institutes erblicke, nach dessen innerer Berechtigung, deren Nothwendigkeit jedenfalls dargethan werden müsse, sich aber bisher vergeblich gefragt, oder die Frage ernstlich in Betracht zu ziehen, bisher noch nicht Zeit gehabt habe[39]). Mußte doch alle Mühe und Arbeit zunächst und vorzugsweise noch darauf gerichtet werden, sich an dem Faden der Rechtsgeschichte durch das umfangreiche und durcheinanderliegende Material hindurchzufinden, und dann Ordnung darin zu schaffen. Den inneren Gesetzen dieser Ordnung nachzuspüren, den Gedanken zu Tage zu legen, von dem dies Alles getragen werde, das blieb einer späteren Zeit überlassen.

In die Fußtapfen der Franzosen traten zunächst auch Holländer und Deutsche[40]). Doch zeigt sich gerade hier bald das Bestreben, eine juristische Grundlage für unsere Lehre zu gewinnen. Es geschah dies in verschiedener Weise. Die Einen suchten in dem von den Quellen zur Abwehr des Vorwurfs der Ungerechtigkeit hervorgehobenen Umstande, daß es doch regelmäßig des wahren Eigenthümers eigene Schuld sei, wenn er der Vollendung der Usucapion ruhig zusehe, die selbständige Basis des ganzen Institutes, dem sie somit im Wesentlichen den Charakter einer strafrechtlichen Anstalt aufdrückten[41]). Die ersten Keime dieser An-

---

veterem dominum punit, ne homines negligentes sint, in rebus suis perquirendis et investigandis — bei Meerman Thes. Tom. VI, col. 479 u. A. m. Vgl. auch Hameaux an der oben Note 3 citirten Stelle.

39) Beachtenswerth ist in dieser Hinsicht die Aeußerung des Duarenus, der sich a. a. O. p. 874, 875 auf eine von der naturalis aequitas verschiedene aequitas civilis beruft. Von dieser letzteren heißt es dann ad leg. 1 D. de pactis, p. 54. Civilis aequitas probabilis quaedam ratio est non omnibus hominibus naturaliter agnita, sed paucis tantum, qui prudentia, usu et doctrina praediti didicerunt, quae ad societatis humanae conservationem sunt necessaria.

40) Vgl. z. B. Vinnius Comm in Inst. ad princ. h. tit. Nro. 5. ed. Heinecc. Lugd. Bat. 1726. p. 241, 242. Borcholten Comm. in Inst. ad pr. huj. tit. Viteberg. 1611. p. 110, 111. Bachovius ibid. Francof. 1661. p. 288. Vultejus Comm. in Inst. h. t. Nro. 2, 3. Marb. 1613. p. 201, wo sich auch die Berufung auf die aequitas civilis wieder findet.

41) Am schärfsten ist dieser Gedanke vielleicht von Voët Comm. in Pand. ad h. tit. Nro. 1 formulirt. „Utique justum et rectae rationi conveniens — poenas iis imponi, qui desidia atque negligentia circa res suas publico

schauungsweise treffen wir bereits bei den Glossatoren[42]) an, wenn

---

nocent, dominiorum incertitudinem litium multitudinem et immortalitatem ac metuendam inde confusionem in re publica inducendo — ad talem vero negligentiam in re sua coercendam non aequior alia magisque delicto respondens excogitari poena potuit, quam si dominus eo ipso privaretur, quod neglexit. — Neque quidquam notius est, quam ex poenis pecuniariis delicto propositis vel fiscum vel ex delicto laesos cum delinquentis damno lucrari. Ed. Halens. Tom. V. 1779. p. 846, 847. Siehe dagegen bereits Joach. Mynsinger Corpus Scholiorum in Inst. ad h. tit. Nr. 17 sq. Colon. et Francof. 1680. p. 240, und neuerdings Kori a. a. O. §. 23, p. 24, 25. Ganz eigenthümlich klingt es, was Hameaux (a. a. O. p. 131, Not. 270) über diesen Punkt sagt. Namentlich ist dabei der Widerspruch bemerkenswerth, in welchen dieser Schriftsteller zur Glosse tritt, indem er in der Usucapion eine größere Beeinträchtigung des Eigenthümers erblickt als in der longi temporis praescriptio und jene vorzugsweise als jus nocens charakterisirt, während sie ehemals gerade als mere favorabilis galt. Ein Zugeständniß, welches eine fehlerhafte Theorie der wahren Natur der Dinge zu machen, nicht umhin konnte.

42) Schon den Basiliken könnte man eine solche Anschauung unterlegen, wenn sie den Titel de usucapionibus mit den Worten eröffnen: „ὥρισται χρόνος τῷ δεσπότῃ τοῦ ἐπιζητεῖν τὸ οἰκεῖον“ (Lib. 50, Tit. 3, c. 1). Eine bestimmtere Annäherung an die hier besprochene Auffassung ist es aber schon, wenn sich bei Glossatoren wie Commentatoren folgende Eintheilung der verschiedenen Usucapionsfälle findet: die dreijährige Usucapion sei „mere favorabilis“. Gl. ad pr. I. h t. v. triennium. — et est ratio, quia usucapio favorabilis est, praescriptio vero odiosa. Die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung sei „partim favorabilis, partim odiosa“ (s. Azo loc. cit. fol. 191b. Vgl. Placentinus loc. cit. p. 333. Est autem prodita l. temp. praescriptio utpote justa favore possessoris.), die dreißigjährige dagegen „mere odiosa“. Wegen der Postglossatoren vgl. oben Not. 25 und die Additio zur Glosse v. per executorem ad L. 3 C. de praescr. 30 vel 40 annor. bei Baudoza. Schon im Decrete Gratians ist von den beiden letzteren Arten der Präscription die Rede, jedoch mit dem Unterschiede, daß dort die außerordentliche Ersitzung von der Klagverjährung gesondert und zu den odio negligentis et favore possidentis eingeführten Verjährungsarten gezählt wird (S. Can. 15, Caus. XVI, Q. 3 und dazu Möllenthiel „Die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung“. Erlangen, 1820. p. 124, 125), wogegen die Scribentes beide Institute zusammenfassen, wie das bereits oben näher nachgewiesen ist. An dieser ganzen Darstellung rügt es nun schon Mynsinger a. a. O. seines Institutionen-Commentars mit Recht, daß sie von einer Verwechselung des öffentlichen Interesses, welches ja der Grund zur Einführung der Usucapion gewesen sein solle, mit dem privaten ausgehe. Insofern ist dieß ein neuer Beweis für die Not. 22 von uns aufgestellte Behauptung. Daß man aber bei diesen Ausdrücken nicht etwa bloß an das factische Resultat der Verjährung dachte, worin ein Gewinn für den Einen, ein Verlust für den Andern liege, zeigt ein Blick auf die angeführten Citate, wo es heißt: „inducta est praescriptio etc.“ Wenn man nun auch auf der einen Seite wie z. B. Paulus Castrensis (loc. cit. ad L. 1 D. h. t. fol. 60b. Tertio removet objectionem, quae possit fieri de iniquitate usucapionis) jene subjective Beziehung nur als Abwehr gegen einen etwaigen Einwand betonte (wogegen später noch oft verstoßen wurde, wie z. B. von Galvanus, de usufructu, Cap. XI, Nr. 3. Genevae, 1676. p. 90, 91, welcher in den Worten der L. 1 D. h. t. „cum sufficeret dominis etc.“ einen neuen selbstständigen Grund erblickt, vgl. auch oben Note 38), so vergaß man dies doch zum Theil, sobald man sich wie in jener Zusammenstellung zu dem allgemeineren Begriffe der Verjährung erhob und diesen nach den genannten drei Richtungen spaltete. Das Princip dieser Dreitheilung war nun aber das rein subjective von Belohnung

gleich ihre rückhaltslose Durchführung erst in eine sehr viel spätere Zeit fällt[43]). —

Andere, gestützt auf eine gelegentliche Quellenäußerung — L. 28 D. de V. S. 50. 16. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi — wollen die Ersitzung aus dem zu präsumirenden animus derelinquendi erklären[44]). Ein Versuch, welcher in dieser Art freilich erst in neuerer Zeit gemacht sein dürfte. —

Entschieden der tiefsten und gediegensten Begründung der Usucapion begegnen wir in dieser Periode bei den Naturrechtslehrern, und insonderheit bei Pufendorf[45]). Hier wird das bonum publicum selbst mit dem Rechte identificirt, die zwingende Gewalt äußerer Verhältnisse, auf denen aller Vermögensverkehr als auf seiner natürlichen Grundlage beruht, nicht nur als berechtigt, sondern selbst als rechtlich aufgefaßt, das Gebot factischer Nothwendigkeit zugleich zum Rechtsgebot erhoben. So wurde denn die Ersitzung ein Institut des jus gentium, indem offenbar jenes öffentliche Interesse, von dem die Quellen sprechen, als ein allgemeines, nicht blos dem Römischen Staate eigenes anzuerkennen war. Nur mußte man doch wieder verschiedene Elemente in der Usucapion unterscheiden; denn die positive Bestimmung der Verjährungszeit gehört unbedenklich dem Civilrechte an, da für die Begrenzung dieser Zeitfrist die Natur der Sache immer einen ziemlich weiten

---

und Strafe. So hatten denn freilich Glossatoren und Scribentes der Theorie, mit der wir es hier zu thun haben, wesentlich vorgearbeitet und dieß um so mehr, je weniger man später die dreijährige Usucapion als ein für sich abgeschlossenes, von der zehnjährigen Ersitzung getrenntes Institut zu behandeln im Stande war.

43) Noch Kori a. a. O. p. 24 nennt es eine „fast allgemeine Behauptung, daß Verjährung eingeführt sei, um die Nachlässigkeit zu bestrafen".

44) Bei Fern. Vasquius Controv. Lib. II, controv. 52, Nr. 2, 3, 4. Lugd. 1595. p. 436 ist mir diese Ansicht zuerst begegnet. Als hauptsächlichster Vertheidiger derselben wird später meistens Grotius angeführt. So von Pufendorf (de jure naturae et gentium. Lib. IV, c. 12, §. 8. Francof. et Lips. 1744. Tom. 1). Ihm folgt u. A. Heineccius Notae ad Vinnii Comm. in Inst. loc. cit. Vultejus sieht nur eine praesumtio juris civilis darin. Comm in Inst h. t. Nr. 2.

45) A. a. O. Lib. IV, c. 12, §. 9, p. 648, 649. Igitur nobis omnino videtur, usucapionem, prout abstrahit a punctis temporum per leges civiles designatis, esse velut appendicem et consectarium dominii rerum. Adeoque quum dominia rerum introducerentur, id quoque pacis causa placuisse, ut ect. Auf demselben Standpunkte befindet sich im Wesentlichen Leibnitz a. a. O. wenn er die Usucapion als eine Folge der Verdunkelung des Rechtes darstellt, und Kant, welcher in ihr ein Postulat der rechtlich-praktischen Vernunft erblickt.

Spielraum ließ. — Von den Philosophen nahmen dann auch die Juristen die so eben dargestellte Theorie an[46]. —

Jedoch auch die Pufendorfsche Lehre theilt den allgemeinen Fehler aller der zuletzt besprochenen Bestrebungen. Sie will von außen her das Wesen der Sache deuten; allein sie verfährt dabei systematischer. Während man anderwärts sich rein der subjectiven Willkür überließ — und das ist eben der große Vortheil, den diese äußerliche Betrachtungsweise bot, daß Jeder seinen Standpunkt einnehmen konnte, wo es ihm gerade gut dünkte, ein Umstand, der nicht nur die Frage nach der Gerechtigkeit der Usucapion zu einer der beliebtesten Thesen bei Disputationen machte[47], sondern es selbst erklärlich erscheinen läßt, wenn Viele[48] alles Mögliche, was man etwa für die Usucapion sagen kann, unbekümmert um dessen innere Uebereinstimmung zusammenstellen — so liegt der von Pufendorf gewählte Ausgangspunkt dadurch doch dem inneren Kerne der Sache näher, daß er nicht unter zufälligen, jedenfalls minder bedeutsamen Nebenbeziehungen gesucht, sondern mitten aus den das Rechtsinstitut tragenden, und in gewisser Weise selbst beherrschenden Lebensverhältnissen gegriffen ist. Das Mangelhafte dieser Betrachtungsweise rührt dagegen einmal von der durch das ganze System hindurchgehenden Vermischung von Factum und Recht, dann aber auch wesentlich daher, daß man der Wurzel der Usucapion nicht auf dem Gebiete des Rechtes, welchem sie entsprossen ist, sondern auf einem gleichsam neu entdeckten Felde, dem Naturrechte nachging. Es ist mithin auch gegen Pufendorf der Vorwurf begründet, daß er von außen her den Geist des Dinges zu ergründen bemüht ist. —

Auf diesem Wege rückte man nun freilich der erstrebten Lösung des Räthsels nicht näher, hatte man gleich auf der einen Seite in die Bedeutung der ganzen Frage eine richtigere Einsicht als früher gewonnen, so war doch der für ihre Beantwortung eingenommene Standpunkt um so ungünstiger gelegen. Und so kann

---

46) So namentlich Lauterbach Colleg. Pand. h. tit. Nro. VII. Tubing. 1784. Tom. III, p. 225.

47) Sie erscheint z. B. in den Schulting'schen Thesen (Schulting Comment. academ. ed. Uhlius, Tom. III. Hal. Magd. 1774) unter den annexa respondentum nicht weniger als sechsmal.

48) Vgl. Perez Praelection in XII libros Cod. VII, 26. Nro. 2. Amstelod. 1661. Tom. I, p. 605. Cocceji Jus controv. h. tit. Quaest. 3. Rave Principia univers. doctrin. de praescriptione. §. 9, 10. Ed. Eichmann. Jenae 1780. p. 11 sq.

es denn wohl Niemanden überraschen, wenn man noch in diesem Jahrhunderte es vorzog, zu dem schon von der französischen Schule Gebotenen zurückzukehren [49]), dem es wenigstens an der äußeren Beglaubigung nicht fehlte, oder auch wohl das Kind mit dem Bade auszuschütten und die ganze Usucapion für etwas Unheilvolles und Verderbliches zu erklären, dem man je eher, je lieber ein Ende bereiten müsse [50]). In Wahrheit läßt sich denn auch von diesem utilitarischen Gesichtspunkte aus gegen ein solches Radicalmittel Nichts einwenden, wenn die Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit des Instituts einmal mit Erfolg angegriffen ist. —

In der neuesten Zeit hat man denn aber begonnen, aus dem Begriffe der Usucapion heraus ihren juristischen Grundgedanken zu entwickeln, und damit den alten Weg, fremdartige und oft sogar rein faktische Rücksichten zur Erklärung des Rechtsgebildes heranzuziehen und zu benutzen, und für den wahren Grund und das innere Wesen der Sache auszugeben, mehr und mehr verlassen. Man ist zu dem Ende in verschiedener Weise vorgegangen. Schon die Stelle, welche der Usucapion im Systeme angewiesen ist [51]), könnte man als Antwort auf unsere Frage auffassen. Hier erscheint sie nun in der Regel bei der Lehre vom Eigenthum als Erwerbsart desselben. Wir wollen gegen diese Anordnung an sich keinen Ein-

---

49) Vgl. Möllenthiel a. a. O. §. 2, p. 4. Unterholzner Verjährungslehre. Bd. I, §. 27. Lpzg. 1828. u. A. m.

50) So Kori a. a. O. §. 27, p. 31, 32.

51) Es ist hier der Ort, noch einen Blick auf die bei den Römern üblichen Systeme zu werfen. Am einfachsten steht die Sache in den Sabinuscommentaren. Dort wird die Usucapion von Pomponius im zweiunddreißigsten, von Paullus im funfzehnten Buche zusammen mit dem Besitz abgehandelt. L. 31 D. h. t. dürfte wie L. 32 wohl auch dem Ersteren angehören, obgleich die Inscription sie dem zweiunddreißigsten Buche des Commentars von Paullus zuweist. Vgl. Leist Versuch einer Gesch. der Röm. Rechtssyst. Rostock und Schwerin, 1850. Tafel I, NB. zu p. 44. Beide Lehren, Besitz wie Usucapion erscheinen darnach als Theile des Sachenrechtes, denn von diesem ist in der angegebenen Gegend der Sabinuscommentare die Rede. Der gleichen Verbindung von possessio und usucapio begegnen wir auch in dem Edictscommentare des Paullus wieder (vgl. v. Savigny Recht des Besitzes. Gießen, 1837. p. 22), nicht minder in den receptae sententiae, allein die weitere Umgebung ist eine durchaus fremdartige. Unsere Lehre steht mitten unter dem an die alte legis actio per manus injectionem sich anlehnenden Stoffe (vgl. Leist a. a. O. p. 38, 39). Ueber den Zusammenhang mit Letzterem wird sich kaum etwas Sicheres angeben lassen. Dem Paullus folgen die Digesten, in welcher Hinsicht es wieder characteristisch ist, daß abweichend von der Regel Paullus in diesen Titeln bei weitem mehr als selbst Ulpian benutzt ist, der seinerseits Besitz und Ersitzung trennt, von jenem bei den Interdicten, von dieser, wenn er ihr überhaupt einen festen Platz anwies, bei Gelegenheit der dinglichen Klagen spricht (Lib. XV, XVI).

spruch erheben. Bei der Gruppirung der einzelnen Rechtslehren sind eine Menge von Umständen in Betracht zu ziehen, welche es weniger auf die blos logische Folgerichtigkeit des Fortschritts von einer Materie zur anderen, als auf Zweckmäßigkeit und Uebersichtlichkeit ankommen lassen. Im Uebrigen kann man, wie uns scheinen will, gegen den der Usucapion gegebenen Platz ganz dasselbe einwenden, was Puchta[52]) gegen v. Savigny geltend gemacht hat, wenn Letzterer den Besitz wegen der Interdicte zu den obligationes ex maleficio stellen will. Auch hier wird das Rechtsinstitut nicht nach dem, was es ist, sondern nach dem, was es wirkt, untergebracht und in das System eingepaßt. — Anders verfährt in Betreff der Ersitzung v. Savigny selbst. Er behandelt die Usucapion bei Gelegenheit des Irrthums[53]) und sieht in ihm das eigentlich in jener wirksame Element. So sagt er:[54]) Hier ist also der (gehörig qualificirte) Irrthum nicht nur kein Hinderniß des redlichen Erwerbes, sondern sogar dessen nothwendige Bedingung und Vermittelung, so daß man sagen kann, es gebe keine Usucapion ohne Irrthum. Doch ist dabei der Irrthum eigentlich nur das vermittelnde Glied, wie dieß ja auch in den obigen Worten deutlich ausgesprochen wird; wir müssen daher noch weiter zurückgehen und kommen so zuletzt auf das redliche Bewußtsein des Usucapienten, worin wir demnach im Anschluß an v. Savigny die endliche Grundlage dieses Erwerbes zu erkennen hätten. — Gerade hiergegen ist nun aber neuerdings ein sehr energischer Widerspruch erhoben worden. Es sei die Usucapion nicht als ein „dem Individuum nur in Folge exceptioneller Begünstigung zu Gute kommender Vortheil“ zu betrachten, sondern der leitende Gedanke vielmehr der, „daß ein Zustand durch Zeitdauer zu einem Rechte werde“[55]), die Zeit selbst sei ein rechtserzeugendes Element. Den Beweis für diese Auffassung sucht Stintzing, denn er ist es, von dem wir hier reden, durch die Geschichte der Usucapion zu liefern. Gegen die Beweisführung ist nun zwar Manches von

---

52) Kleine civilistische Schriften. Lpzg. 1851. p. 242.

53) System des heutigen Röm. Rechts. Bd. III, Beil. VIII, Nr. 14—16. p. 369 ff.

54) A. a. O. p. 369.

55) Stintzing. Das Wesen von bona fides und justus titulus. Hdlbg. 1852. §. 1—3, vornehmlich p. 6. Auch bei E. Sell, Römische Lehre des Eigenthums. Bonn, 1852. §. 21. Vorwort. p. 110 ff., tritt der Gedanke sehr scharf heraus, daß die Ersitzung eine Wirkung der Zeit sei, ohne jedoch auf die fernere Darstellung bedeutenden Einfluß zu üben. Vgl. auch oben Note 13a.

v. Scheurl[56]) eingewendet worden, für ein Verdienst jenes Angriffs hält es aber dieser Gelehrte, daß derselbe „die falsche Subjectivität der herrschenden Usucapionstheorie nachgewiesen habe, welche wesentlich darin besteht, daß diese das subjective Erforderniß der bona fides an die Spitze stellt, und das Erforderniß des titulus ihr unterordnet.“ Die selbständige Bedeutsamkeit des Titels darzulegen, ist nun die Aufgabe der v. Scheurlschen Abhandlung. Auch hierzu wird der Beweis aus der historischen Entwickelung der Usucapion entnommen. Wie dieselbe ursprünglich den Zweck gehabt habe, das bonitarische Eigenthum in Quiritisches zu verwandeln, also bei vorhandenem materiellen Erwerbe den Mangel der Form zu ergänzen, so habe man in der Folge auch da, wo dieser materielle Erwerb wenigstens anscheinend rechtmäßig und vollkommen war, d. h. bei der Veräußerung durch den Nichteigenthümer die Usucapion gestattet. —

Die beiden letztgenannten Juristen treten schon in dem Gange ihrer Untersuchung der Savigny'schen Darstellung entgegen. Sie berufen sich auf die historische Entfaltung des Institutes der Usucapion und wollen aus dieser den Grundgedanken derselben gewinnen. Savigny[57]) gesteht umgekehrt, daß seine Auffassung nur gelte, sobald es sich darum handele, die bonae fidei possessio, nicht aber das bonitarische in Quiritisches Eigenthum zu verwandeln, daß sie also nur für das Justinianische Recht allgemein wahr und vollkommen richtig geworden sei. — Wir wollen nun die Frage zunächst noch ganz bei Seite lassen, ob diese Anschauung überall ausreiche, die im Justinianischen Rechte auf dem Gebiete unserer Lehre uns entgegentretenden Erscheinungen hinlänglich aufzuklären, ob ihr also insofern eine allgemeine Wahrheit zuzuschreiben ist. Und auch hier räumt Savigny ein, daß im practischen Resultat die Sache oft ein anderes Aussehen bekommen möge. Nur ein Bedenken muß uns schon hier aufstoßen, wenn wir uns eben jener frühern doppelten Gestalt der Usucapion erinnern, und dieß ist hier zur Sprache zu bringen. In einem so bedeutsamen und jeder Zeit so lebenskräftigen Institute, wie die Römische Usucapion es war, wird dessen Grundidee auch im Laufe von Jahrhunderten sich nicht so leicht ändern; wo aber eine solche Aenderung dennoch

56) Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts. Bd. II, Heft 1, p. 29 ff. „Zur Usucapionslehre.“ Erlang. 1854.

57) A. a. O. p. 370. Not. b.

eintritt, muß sich diese immer geschichtlich genau nachweisen lassen. Die Forderung also, welche wir von vorn herein an jede Erklärung der Usucapion zu stellen haben, ist die, daß sie mit der historischen Erscheinung derselben nicht in Widerspruch stehe. Dem würde nun v. Savigny freilich nicht genügen, wenn die Umwandlung des bonitarischen in Quiritisches Eigenthum der uranfängliche oder doch vorzugsweise Zweck der Usucapion gewesen wäre, wie v. Scheurl dies behauptet und wie auch Andere vor ihm die Sache dargestellt haben[58]). — Ist diese Behauptung nun aber auch wirklich positiv beglaubigt? — Scheurl beruft sich deshalb auf die Art, wie Gaius sich über die Ersitzung ausläßt. Hier erscheine im §. 41 des zweiten Buchs der Institutionen „die Usucapion zuzunächst nur als das Mittel, wodurch das unvollständige Eigenthum welches durch bloße Tradition eines res mancipi erworben wird, in volles Eigenthum übergeht." Erst im §. 43 füge er dann hinzu „die Usucapion verhelfe auch zum Erwerbe von Sachen, welche man von einem Nichteigenthümer bona fide tradirt erhalten habe," und bemerke dann dazu „dies scheine deshalb Rechtens geworden zu sein, damit nicht die Eigenthumsrechte allzulang ungewiß seien," und so lasse der Zusammenhang, in welchem Gaius hier diese Bemerkung macht, vermuthen, daß er auch in der Stelle seines Commentars zum edictum provinciale, welche wir als L. 1 D. de usurp. besitzen, nicht den Grund der Einführung der Usucapion überhaupt angeben wolle, sondern derjenigen Usucapion, welche im Justinianischen Recht allein noch vorkommt — der Usucapion der aus den Händen eines Nichteigenthümers erworbenen Sachen. — So richtig und begründet uns diese letzte Bemerkung erscheint, und so sehr sie uns auch den Weg für unsre eigene Erklärung bahnt, so können wir doch den Folgerungen, welche v. Scheurl aus der Darstellung des Gaius im Allgemeinen zieht, nicht beitreten[59]). — Das zweite Buch der Gaianischen Institutionen beginnt mit einer Aufzählung verschiedener Eintheilungen der res, wobei auch des Unterschiedes der res mancipi und nec mancipi gedacht wird. Dieß führt den Juristen zur Besprechung der eigenthümlichen Er-

---

58) A. a. O. §. 2. p. 30, 31. Ganz ähnlich argumentirt bereits Zimmern, Gesch. des Röm. Priv.-Rechts. Bd. I, §. 15, Not. 7. Hdlbg. 1826. Ihm folgt darin v. Madai a. a. O. p. 8, 9. Siehe dagegen Unterholzner a. a. O. Bd. II. Note 573, p. 73. 74.

59) Mit der hier gegebenen Ausführung stimmt überein Unterholzner a. a. O. Gegen ihn erklärt sich jedoch wiederum Schrader Comm. ad Inst. Berol. 1832. zu den Worten ut, qui ... dominus non erat. p. 247.

werbsarten dieser Gegenstände und folgeweise zu der Erwähnung des bonitarischen und Quiritischen Eigenthums. Indessen, fährt er dann fort, könne sich das Erstere vermittelst der Usucapion in Letzteres umwandeln. Diese habe nun aber außerdem noch eine zweite Wirkung, nämlich die bonae fidei possessio zu Eigenthum zu erheben. — Man sieht aus dieser kurzen Darlegung des Gedankenganges, welchem Gaius hier folgt, wie weit derselbe davon entfernt war, eine Geschichte der Usucapion geben zu wollen, wie vielmehr die Voranstellung der einen, die spätere Angabe der anderen Function der Usucapion durch den Ausgangspunkt, welchen der Schriftsteller nimmt, die Nennung des bonitarischen Eigenthums geboten ist; somit schwindet denn auch die von v. Scheurl der Stelle beigelegte Beweiskraft. Anderweitige Aussprüche der Quellen hat derselbe wenigstens nicht für sich angezogen. — Von positiven Zeugnissen verlassen sind wir also auf die Natur der Sache angewiesen. Diese dürfte nun aber der gedachten Vermuthung v. Scheurls eben nicht günstig sein. Schon das halten wir für unangemessen, der Usucapion einen bestimmten Zweck unterzulegen. Das heißt eben nicht aus der Erscheinung der Usucapion heraus ihre Grundidee entwickeln und ihre juristische Nothwendigkeit darthun, sondern von einem äußern Standpunkt her ihre politische Vortheilhaftigkeit nachweisen. Es scheint uns ferner aber auch, selbst wenn wir gegen dieß unvollkommne Verfahren an sich Nichts einwenden wollen, als könne die Umwandlung des bonitarischen in Quiritisches Eigenthum unmöglich die erste oder hauptsächlichste Aufgabe der Usucapion gewesen sein. Sie ist ein altciviles Rechtsinstitut.

Gai. Inst. II §. 65. Ergo ex his, quae diximus, adparet, quaedam naturali jure alienari, — quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.

Ulp. XIX §. 2. Singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione, traditione, in jure cessione, usucapione, adjudicatione, lege[60]).

---

60) Vgl. Stintzing a. a. O. p. 4. Ueber die Verbindung, in welcher die Tradition hier genannt ist, siehe Ulp. loc. cit. §. 7 und außerdem Varro de R. R. II, 10. Cic. de harusp. resp. c. 7. Horat. epist. II, 2, v. 158, 159. L. 12, §. 8 D. de captiv. 49, 15 — jus bonae fidei emtoris vetustissimum; und bekanntlich enthielten ja die XII Tafeln die darauf bezüglichen Bestimmungen. S. Cic. Top. c. 4 pro Caecin. c. 19 init. So sagen also

Als solches konnte die Usucapion nun wohl eine unvollständige civilrechtliche Erwerbung ergänzen, etwa die bonae fidei possessio in Eigenthum verwandeln sollen, unmöglich vermochte aber das ihre Aufgabe zu sein, das bonitarische zu einem Eigenthume ex jure Quiritium umzugestalten. Darin hätte eine Anerkennung des in bonis esse von Seiten des Civilrechtes gelegen, während es doch in Wahrheit eine außerhalb der Grenzen desselben erwachsene Rechtsbildung ist. — Einen inneren Widerspruch enthält endlich die Art, wie v. Scheurl sich den Uebergang von jenem angeblich früheren Zwecke zu dem späteren vermittelt denkt. Wir lassen seine eigenen Worte[61]) folgen: „Der fortgesetzte Besitz ersetzt hier nichts weiter — sagt er von jener ersteren Gestaltung der Ersitzung — als den formellen Mangel des innerlich vollkommen rechtmäßigen Erwerbes. Galt aber einmal die Usucapion in dieser Bedeutung, so gewährte sie sogleich von selbst den Vortheil, daß man nun den Eigenthumserwerb einer Sache im Vindicationsproceß durch den bloßen Beweis des Kaufes, der Tradition und des fortgesetzten Besitzes derselben beweisen konnte, ohne auch das Eigenthumsrecht des, oder gar der Vorgänger beweisen zu müssen. Denn die auctoritas, die das Eigenthumsrecht bewirkende Kraft sollte ja jetzt dem usus für sich zukommen, nicht dem Eigenthumsrechte des Verkäufers. Durfte man aber nach diesem nicht mehr fragen, wo es sich um solchen Uebergang des bonitarischen in volles Quiritisches Eigenthum handelte, warum sollte es nicht auch wirklich fehlen können, warum sollte nicht auch die Usucapion zugelassen werden, wo man wußte, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer gewesen sei, daß also der Käufer nicht bonitarisches Eigenthum erworben habe, wenn nur sein Erwerb doch auch ein anscheinend rechtmäßiger gewesen war?“ — Allein, wie dieß ja v. Scheurl selbst in den eben angeführten Worten sagt, das bonitarische Eigenthum des Erwerbers hängt denn doch wieder von

die alten Römer dasselbe wie die Scribentes, die Usucapion sei jure civili eingeführt. Aber freilich in wesentlich verschiedenem Sinne. Denn während die Letzteren dem jus civile die naturalis aequitas gegenüber stellen, wissen die Römer von einer solchen Spaltung des eigenen Rechtsbewußtseins Nichts. Sie erkennen damit ihr Recht eben bloß als ihr besonderes Eigenthum an, welches keine allgemeine Gültigkeit habe. Dagegen ist ihnen die Usucapion von dem gesammten Systeme ihres Civilrechtes noch vollständig getragen und erscheint als organisches Glied desselben. Das war bei den mittelalterlichen Juristen nicht mehr der Fall. Warum? Darüber soll die ganze folgende Ausführung Aufklärung geben.

61) A. a. O. p. 31.

dem Eigenthume des Veräußerers ab. War es also der Zweck der Usucapion, dem bonitarischen Eigenthum zu Hülfe zu kommen, war dasselbe daher Voraussetzung der Wirkung der Usucapion, so mußte man allerdings immer noch nach dem Eigenthume des Veräußerers fragen, und eine solche Entwickelung, wie sie v. Scheurl hier andeutet, ist völlig unmöglich. Oder umgekehrt, man fragte im Vindicationsprozesse nach dem Rechte des Auctors nicht weiter, dann war aber die Usucapion von vorn herein zu keiner Zeit auf die Ergänzung des bonitarischen Eigenthums beschränkt. Scheurl hebt also in der aufgestellten Hypothese nothgedrungen seine eigene frühere Behauptung über Zweck und Natur der Ersitzung wieder auf.

Wir haben somit Savigny's Theorie gegen einen wider sie erhobenen Einwurf vertheidigt; wir haben sie aber damit noch nicht rechtfertigen wollen. Vielmehr wird sich aus dem, was bisher von uns gesagt ist, schon von selbst ergeben, daß wir die in ihr hervortretende Einseitigkeit durchaus anerkennen. Ebenso einseitig ist aber auch unseres Erachtens die Auffassung unserer Lehre durch v. Scheurl. Er sowohl, wie v. Savigny scheinen uns beide in gleicher Weise zu fehlen, indem sie die Grundlage der Ersitzung ausschließlich aus ihrer einen oder anderen Function zu erkennen suchen, darüber aber verabsäumen, die gesammten einzelnen Erscheinungen, welche das Römische Recht uns hier darbietet, um einen gemeinsamen Mittelpunkt zu sammeln, und von diesem ausgehend, das verborgene Wesen des Rechtsgebildes zu ergründen. In dieser Beziehung möchte wohl gegen den Weg, den Stintzing einschlägt, am wenigsten etwas eingewendet werden können. Dennoch dürfte auch er von dem Vorwurfe der Einseitigkeit in seiner Untersuchung kaum loszusprechen sein. Ja, dieser Vorwurf trifft ihn selbst in doppeltem Maße; einmal wegen der Benutzung des von den Quellen ihm entgegengebrachten Materials, an welches er mit einer vorgefaßten Idee herantritt, die volle Unbefangenheit für dessen Würdigung verliert, und oft nicht sowohl aus demselben heraus, als in dasselbe hinein interpretirt, wo dann Widersprüche mannigfacher Art, sei es in der eignen Darstellung, sei es im Vergleich mit anderweitig Bezeugtem nicht ausbleiben können. Ebenso einseitig ist dann aber auch das Resultat, bei welchem Stintzing anlangt, eine nicht minder falsche Objectivität, als die Subjectivität falsch ist, welche er bekämpft. Dazu wird die folgende Betrachtung im Einzelnen die Beläge zu liefern haben.

— Ehe wir jedoch dazu übergehen, ist hier noch einiger anderen Usucapionstheorien zu gedenken, welche freilich dem neuerdings über unsere Frage geführten Streite ferner gelegen, eine ausführlichere Besprechung wenigstens nicht dabei gefunden haben, indessen gerade darum von uns, denen jener Streit nur die äußere Anregung geboten, keineswegs auch die Begrenzung für die eigene Arbeit gegeben hat, nicht mit Stillschweigen übergangen werden dürfen. —

Wir meinen hier erstens die Auffassung von Huschke[62]. Er parallelisirt Usucapion und Gewohnheitsrecht und sucht die Idee der Ersteren aus der des Letzteren zu erläutern. Wie das objective Recht vermöge der Unvollkommenheit menschlicher Voraussicht nicht bloß auf Gesetzen beruhen könne, sondern daneben des mit der Uebung selbst entstehenden und sich festsetzenden Gewohnheitsrechts nothwendig bedürfe, so, meint er, reichen die gewöhnlichen Erwerbsarten für den nothwendigen Wechsel des Eigenthums unter den Personen nicht aus; solle die unentbehrliche Rechtssicherheit erreicht werden, so müsse auch hier der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung des Rechts die Macht beigelegt werden, die Stelle eines wahren auctor zu vertreten, eine auctoritas, Gültigmachung, Bekräftigung zu sein. Wie nun das Gewohnheitsrecht das gesetzliche theils erläutere und bestimme, theils eigene neue Rechtssätze schaffe, so habe auch die Verjährung nicht blos die Bedeutung, unvollständige, derivative Erwerbe zu ergänzen, sondern auch selbständig durch bloße Uebung eines Rechts das Recht wirklich zu erzeugen. So wie ferner die Gewohnheit, um ein Gewohnheitsrecht bilden zu können, ein Rechtsprincip wollen müsse, so müsse auch der usus mit dem Willen, ein subjectives Recht — das Eigenthum auszuüben, verbunden sein; und wie die Gewohnheit, wenn sie ein gesetzliches und auf der ratio naturalis beruhendes Recht abschaffen solle, ihm gegenüber kein Mißbrauch sein dürfe, so sei auch der usus nur dann fähig, fremdes Eigenthum zu zerstören, wenn er auf eine factisch rechtliche Art und Weise angefangen habe. — Es ist nicht zu leugnen, daß durch diese Vergleichung eine Anzahl einzelner Punkte zu Tage tritt, in denen eine zum Theil schlagende Uebereinstimmung von Usucapion und Gewohnheitsrecht sich zeigt. Sehen wir nun aber

---

62) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. XIV, 2 p. 147—149. Ueber usucapio pro herede u. s. w.

genauer zu, worin denn der letzte Grund dieser Gleichheit zu suchen sei, so scheint uns diese selbst unter den Händen wieder zu entschlüpfen. Wir müssen vor Allem von dem für Beides angeführten und aus der Nothwendigkeit eines sichern Rechtszustandes hergeleiteten Bedürfnisse einer derartigen aushelfenden Einwirkung völlig abstrahiren. Denn dadurch wird doch immer nur erklärt, daß man zu einer solchen Aushülfe griff, nicht aber, in welcher Weise man das vorhandene Bedürfniß befriedigte, ob auf Kosten des Rechtes oder durch dessen Benutzung zu dem angegebenen Zwecke. Uns kommt es nun aber gerade darauf an, darzuthun, auf welchem Wege das Recht hier in Thätigkeit gesetzt wurde und zur Erreichung des erstrebten Endziels mitwirkte. Im ersteren Falle nämlich, wenn man hier auf Kosten des Rechtes eingegriffen hätte, wäre die Usucapion überhaupt kein Rechtsinstitut und läge vollständig außerhalb des Rechtsgebietes. Allein auch so, wie wir die Sache ansehen, haben wir uns unter jener Thätigkeit des Rechtes keine willenlose, von außen erzwungene zu denken. Das Recht ist sein eigener Grund und sein eigener Zweck, es empfängt den bewegenden Anstoß einzig durch sich selbst. Jeglicher materielle, politische oder ökonomische Erfolg kann daher auch immer blos äußerlich mit dem Rechtsinstitute in Verbindung gebracht werden. Die gedachte practische Rücksicht fällt also auch hier aus dem Kreise unserer Besprechung heraus. Wir müssen uns darum auf die bei Huschke demnächst folgende Darstellung beschränken. — Selbst dann, wenn wir völlig mit dieser übereinstimmten, wäre doch durch jene Zusammenstellung eine Antwort auf unsere Frage nicht schon gegeben; es würde sich abermals dieselbe Frage auch noch in Betreff des Gewohnheitsrechtes erheben; wir würden in gleicher Weise einer Erklärung dafür bedürfen, in wiefern durch bloße Uebung ein Rechtssatz entstehen könne, wie wir jetzt darnach forschen, warum aus dem usus das subjective Recht hervorgeht. Und einen Bescheid hierauf erhalten wir an der genannten Stelle nur in sehr indirecter Weise. — In der That müssen wir es nun aber in Abrede stellen, daß das Gewohnheitsrecht erst durch die Uebung geschaffen werde. Wir erblicken in ihr nur das Kennzeichen und Erkenntnißmittel der Rechtsüberzeugung des Volks[63]) und erken-

63) Gegen diese sog. spiritualistische Auffassung spricht sich u. A. auch Beseler aus (Deutsches Privat-Recht. Bd. I. Lpzg. 1847. p. 108). Dennoch glauben wir eigentlich ziemlich eines Sinnes mit ihm zu sein. Die Uebung ist

nen allein in der letzteren das dabei wirksame rechtserzeugende Element an. Die weitere Begründung dieser Ansicht gehört jedenfalls nicht mehr hierher. Führen wir demnach die Parallele zwischen Usucapion und Gewohnheitsrecht consequent durch, so gelangen wir zu dem Resultate, daß auch in der Usucapion die Ueberzeugung des Ersitzenden, Eigenthümer zu sein, die Quelle dieses Eigenthumserwerbes sein müsse, daß man also die Ausübung des Eigenthums bloß als Erkenntnißmittel für diesen Willen benutzen dürfe; wie denn Christiansen[64]) wirklich eine ähnliche Behauptung aufstellt. Wir sind zwar auf diesem Wege der Wahrheit etwas näher gerückt, wie uns die folgende Erörterung dieß bald deutlicher machen wird, allein zur vollen Einsicht sind wir damit immer noch nicht gekommen. Die alte Frage tritt im neuen Gewande vor uns hin: Wie vermag die fälschliche, irrthümliche Ueberzeugung des Usucapienten zur Wahrheit zu werden? Die gezogene Parallele hat mithin gleichfalls zu keinem befriedigenden Ergebnisse geführt. Und bei der inneren Ungleichartigkeit von objectivem und subjectivem Recht ließ sich das kaum anders erwarten. Das Volk erzeugt das Erstere unmittelbar aus sich selbst, das Individuum empfängt sein Recht aus den Händen einer außer und über ihm stehenden Gewalt, von dem objectiven Rechte. Soll hier nicht von vorn herein jegliche Aussicht auf Erzielung eines genügenden Resultates abgeschnitten sein, so müßte man den inneren Nerv von Gewohnheitsrecht und Usucapion an eine ganz andere Stelle, etwa, wie Huschke dieß zu thun scheint, in die Macht des factisch Bestehenden verlegen. Darüber haben wir uns indessen bereits oben ausgesprochen. Höchstens könnte man bei dieser Annahme der Ueberzeugung von objectivem oder subjectivem Recht noch nebenher einen gewissen Einfluß einräumen, jedoch gleichfalls ohne wirklichen Gewinn; wir hätten lediglich

---

nicht ein sondern das Kennzeichen des Gewohnheitsrechts (s. v. Savigny System Bd. I, p. 35), m. a. W. jede Regel muß ausgesprochen sein; in der Aeußerung objectivirt sich aber doch nur die schon bestehende innere Rechtsnorm. Auch das Gesetz bedarf der Publication, aber Niemand wird sie für das Wesentliche, für den eigentlichen Kern der Gesetzgebung halten. — Umgekehrt bei der Usucapion. Hier fehlt es von Anfang her gerade an der inneren Wahrheit des factisch schon vorhandenen Verhältnisses. Diese soll jenes Letztere durchdringen, nicht die äußere Beglaubigung für eine bis dahin noch ideelle Existenz beschafft werden.

64) Institutionen. Altona, 1843. p. 199, 200. „Der Ablauf der Ersitzungszeit ist mehr ein Beweis des rechten Habens als das Mittel des Erwerbes, gerade wie eine Gewohnheit in ihr nur einen Beweis, nicht aber den Grund ihrer Rechtmäßigkeit erhält.“

an Statt eines, zwei Factoren erhalten, deren gegenseitiges Verhältniß erst noch zu bestimmen wäre. Das Wesen des Gewohnheitsrechts käme aber hier so wenig wie dort zu der ihm gebührenden Geltung.

Schließlich ist hier noch die Ansicht Böcking's zu betrachten. Die Usucapion, sagt er[65]), gründet sich auf die aus einer justa causa hervorgehende bona fides, die als rechtliche Herrschaft des Subjects über das Object dasjenige Verhältniß auffaßt und will, welches für das nicht irrende Subject nur erst ein factisches sein würde, und sie besteht eben in der Anerkennung dieses Willens als eines rechtlichen (während der Usucapionszeit nur soweit es ohne Verletzung des rechtlichen Willens des Eigenthümers thunlich ist; durch das Ablaufenlassen jener Frist aber giebt der bisherige Eigenthümer sein Recht selbst auf — L. 28 pr. D. de V. S. 50, 16). — Während Huschke den Zeitablauf als selbständig wirkendes Moment darstellt, wo nicht als alleiniges, so doch als das hauptsächlichste, sieht Böcking nur den Willen des Usucapienten, die Sache seiner Herrschaft zu unterwerfen, als solches an. Dieser genießt auch schon vor vollendeter Ersitzung desselben rechtlichen Schutzes, und nur deswegen äußert er nachher eine weitergreifende Wirkung, weil der Eigenthümer sich inzwischen seines Rechtes begeben hat. Also nicht die Usucapion ist es, die ihm dasselbe raubt, sondern er giebt es auf, und dadurch erst wird jene eine Art des Eigenthumserwerbes. Das eigentlich Schwierige bei der ganzen Untersuchung wird damit geschickt umgangen, die eigenthümliche Collision von Recht und Nichtrecht völlig vermieden. Allein auf der andern Seite erscheint dadurch doch auch die Bedeutung der Usucapion auf eine durchaus andere Grundlage gestellt, eine Grundlage, welche weder in der historischen Entwickelung des Institutes, noch in den unmittelbaren Quellenzeugnissen eine weitere Stütze findet. Es wäre darnach unrichtig, wenn Gaius sagt: usucapio introducta est, ne — rerum — incerta dominia essent, wenn Modestinus die Ersitzung als adjectio dominii[66]) definirt; ja, es wäre selbst das kaum zu rechtfertigen, was auch Böcking wenige Zeilen später annimmt, der Usucapionsbesitzer sei „werdender Eigenthümer", denn der Eigenthumserwerb ist nach jener Theorie nichts zum Wesen der Usu-

65) Institutionen. Bd. I, §. 123, p. 457, §. z. Bonn, 1853.
66) L. 3 D. h. t. 41, 3.

capion Gehöriges, sondern ein von außen her, höchstens auf Veranlassung der mit ihr verknüpften factischen Verhältnisse ihr zuwachsendes Emolument. — Es wäre ferner schwer zu begreifen, wie es nur komme, daß die Usucapion, oder eigentlich der Usucapionsbesitz, obgleich eine altcivile Rechtsbildung dennoch gerade da, wo er am reinsten und von allen fremdartigen Zuthaten freiesten erscheint, vor Ablauf der Usucapionszeit nur des prätorischen, nicht des civilen Rechtsschutzes in der actio Publiciana genießt. — Es ist übrigens nicht diese, unseres Ermessens verwerfliche Verdoppelung der in der Usucapion wirksamen Factoren, wodurch die Böcking'sche Betrachtungsweise für uns eine besondere Bedeutsamkeit gewinnt. Diese ist nicht einmal neu. Schon das Decret Gratians geht im Grunde von demselben Gesichtspunkte aus, wenn es die zehnjährige Ersitzung als partim favore possidentis, partim odio negligentis eingeführt bezeichnet[67]). Vielmehr scheint uns der überwiegende Werth dieser Darstellung darin zu beruhen, daß hier in der Anerkennung des subjectiven Willens, als eines rechtlichen, die Wurzel des dem Usucapienten zu Theil werdenden rechtlichen Schutzes gesucht wird. Es leitet uns dieß auf unsere eigene Auffassung über.

Zuvördest mag indessen noch eine gedrängte Zusammenstellung der aus dieser kurzen dogmengeschichtlichen Uebersicht erlangten Resultate ihren Platz finden. Wir haben eine Menge von verschiedenartigen Auffassungen der Ersitzung an unseren Augen vorübergehen lassen, die, wenn auch keine von ihnen vom Standpunkte des Römischen Rechts aus völlig probehaltig erscheinen wollte, doch an sich schon als Zeugnisse für die Gestaltung der Rechtsidee in der jedesmaligen Zeit von wesentlichem Interesse sind. Wir sahen zunächst, wie die Thätigkeit der Glossatoren darin bestand, sich in dem von der Justinianischen Compilation gebotenen Material zum Wenigsten äußerlich zurecht zu finden, dasselbe übersehen zu lernen. An Mißverständnissen konnte es dabei im Einzelnen nicht fehlen, indem man weder vermochte, die eigenen, abweichenden Rechtsanschauungen völlig zurückzudrängen, und diese so zum Theil in das fremde Recht[68]) hineintrug, noch

---

67) Noch näher steht in dieser Hinsicht der Meinung Böckings die von Meier Colleg. Argentoratense ad h. t. Nr. 9. Argentor. 1657. p. 1228. — Anklänge daran finden sich auch bei Stintzing a. a. O. p. 5.

68) Nicht fremd in dem Sinne, daß das Römische Recht sich nicht noch einer selbst thatsächlichen Geltung zu erfreuen gehabt hätte, aber fremd, sofern

überhaupt dazu gelangte, das Römische Recht als historisch geworbenes im Zusammenhange mit seinen früheren Entwickelungsstufen zu betrachten. — Unter den Commentatoren fehlte dazu nun vollends aller Sinn. Ja, die Opposition gegen das fremde Recht, welche unbewußt auch wohl schon bei den Glossatoren sich gezeigt hatte, tritt hier frei und offen hervor. Es war dieß eine nothwendige Folge davon, daß das Römische Recht in der Justinianischen Compilation als das der Gegenwart galt[69]) und doch so vielfach nicht auf die Gegenwart passen wollte. Die Zeit der Commentatoren erscheint so als die Zeit eines Kampfes zwischen Gesetz und Rechtsgefühl, mochte gleich häufig dieser Streit sich hinter einer jenes mit diesem gewaltsam verknüpfenden Auslegung verstecken. Die Spuren eines solchen Widerstreits trafen wir nun auch in der vorliegenden Lehre an und haben unsererseits die einheitliche Verarbeitung derselben, welche man neuerdings an den Scribentes gerühmt hat[70]), nicht eben finden können. Ja, es wäre wohl wunderbar, wenn man es schon damals zu einem durchgebildeten Systeme, zu einem befriedigenden Abschluß gebracht hätte, daß der gehobene Schatz dann später so gar vergessen wurde. Und so halten wir es denn auch für ein eitles Bemühen, wenn man in unseren Tagen das Recht jener Periode wieder auferwecken und ins Leben zurückführen will. In dieser Hinsicht steht uns, was die vollständige, von einem Prinzip getragene Durchdringung des Rechtsstoffs anlangt, die französische Schule unendlich viel höher. Es war ihr dieß auch bei der ganzen Richtung, die sie nahm, bei Weitem eher möglich. Ihr war das Römische Recht zunächst ein geschichtliches und durch historische Forschung zu verstehendes[71]). Ihre Aufgabe war demnach eine ähnliche wie die der Glossatoren. Es handelte sich um die Darstellung, Sichtung und Ordnung des sich vorfindenden Materials. Nur war dasselbe nicht bloß an äußerem Umfang gewachsen, indem man in der

---

Rechts- und Lebensverhältnisse andere geworden, das Recht selbst wenig benutzt war und erst von Neuem gelernt werden mußte. Vgl. v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im M.-A. 2te Aufl. Bd. III. p. 83 ff. Eine kurze Uebersicht und Characteristik der Rechtswissenschaft seit den Gl. giebt auch Erxleben, Lehrb. des Röm. R. Bd. 1. Göttingen, 1854. p. 490 ff.

69) S. v. Savigny a. a. O. Bd. VI, p. 12—23. Vgl. Roßhirt a. a O. p. 139 ff. §. 1—4, p. 463 ff. Pütter Encyclopaedie. Berl. 1846. §. 410 ff. p. 227 ff.

70) Roßhirt a. a. O. p. 213 ff.

71) Ebenda p. 140. Pütter a. a. O. p. 236. §. 429, 430.

Benutzung der Quellen über das corpus juris civilis hinausging, sondern auch in diesem letzteren selbst fanden sich noch bedeutende Massen eines bisher unbeachtet gebliebenen Stoffes vor, der nunmehr bei der veränderten Behandlungsweise der Rechtsquellen nach und nach an das Licht gezogen wurde. Schon die eigenthümliche Art dieser Arbeit fordert die volle Hingebung an deren Gegenstand; zugleich läßt das fortgesetzte Anschauen geschichtlicher Entwickelung die Nothwendigkeit des Ganges, den sie genommen, und der daraus erwachsenen Resultate deutlich empfinden [72]), sollte auch das darin herrschende Gesetz sich der wissenschaftlichen Erkenntniß noch entzogen haben. Die Folge davon war bei den Juristen dieser Zeit ein solches Hineinleben in Römische Vorstellungen und Ansichten, daß das nationale Rechtsbewußtsein dahinter vielfach zurücktrat. Damit wollen wir aber keinesweges einen Tadel gegen sie aussprechen. Vielmehr erblicken wir in dieser Erscheinung eine Phase, welche unsere Wissenschaft nothgedrungen durchmachen mußte. Nur das können wir einräumen, daß man Manches bei Glossatoren und Commentatoren auf Rechnung bloßen Mißverständnisses gesetzt hat, was zum größeren Theile der Ausdruck eines abweichenden Rechtsgefühles war, und daß in dieser Beziehung die Glosse, vorzüglich aber die Schriften der Scribentes vielleicht zu wenig ausgebeutet sind. — War dergestalt bei den Franzosen und ihren unmittelbaren Nachfolgern das Römische Recht gewisser Maßen unpractisch geworden, oder doch nicht im Hinblick auf seine Anwendung in der Gegenwart verarbeitet, so wurde in Holland und Deutschland während des achtzehnten, zum Theil auch schon während des siebzehnten Jahrhunderts eine solche Anknüpfung wiederum versucht. Man ging hierbei von der Betrachtung der Lebensverhältnisse aus, welche dem der Praxis also bis zu einem gewissen Grade entfremdeten Rechte gegenüber als das Feste und Unwandelbare erschienen, denen jenes wieder angenähert und auf diesem Wege zu practischer Brauchbarkeit gebracht werden mußte. Damit war dann aber auch der Character dieser Bestrebungen von selbst gegeben. Dieser manifestirt sich auf der einen Seite durch eine größere Beachtung der Scribentes und ihrer Meinungen und Schriften [73]). Auf

---

72) Vgl. über den Character der Wissenschaft in den letzten drei Jahrhunderten die treffliche Skizze von Huschke im Rhein. Museum, Bd. VI. Nr. 8. Ueber die Rechtsregel: nemo pro parte u. s. w. p. 259 ff.

73) Pütter a. a. O. §. 430. Erxleben a. a. O. p. 492.

der andern ist es überwiegend die Rücksicht auf die Nützlichkeit, welche im Besonderen wie im Allgemeinen hier vorangestellt wird. Man faßte das Recht als aus den Lebensverhältnissen hervorgehend, als ihr Product auf und suchte demgemäß aus ihnen den Rechtsgedanken darzustellen. Ein Verfahren, bei welchem die Scheidung des Nebensächlichen von dem Wesentlichen und Bedeutungsvollen nicht immer leicht war und zu manchen Verirrungen Anlaß gab[74]). — Anders die historische Schule unserer Tage. Der Vorwurf, daß auch sie ebenso wie die Franzosen des sechszehnten Jahrhunderts unpractisch sei, ist in einem gewissen Sinne nicht ganz ungegründet. Sie hat es nämlich wieder mit dem reinen Römischen Recht zu thun und sich in Bezug darauf eine doppelte Aufgabe gestellt. Einmal diejenigen Bestandtheile desselben, welche noch heutigen Tages kräftig fortleben, von dem Veralteten und Abgestorbenen zu sondern, dann — und dieß ist eigentlich das Verfahren, durch welches jene Trennung bewirkt werden soll — die Grundidee jedes einzelnen Institutes in dem Römischen Rechte, wie die des gesammten Systemes aufzusuchen und bloßzulegen[75]). Sie ging bei diesen ihren Untersuchungen begreiflicher Weise auf die Zeiten zurück, wo die Wissenschaft noch in voller, üppiger Kraft ihre Blüthen trieb, die Zeiten der klassischen Juristen, wogegen die Periode der Abnahme und des Verfalles unter den späteren Kaisern, wenn auch nicht grundsätzlich, so doch in consequenter Folge der Richtung, welche die Bestrebungen unserer Historiker genommen hatten, minderer Aufmerksamkeit gewürdigt wurde. Es ist natürlich, daß der eigenthümliche Römische Geist hier in seiner unverhüllten Gestalt dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart um so viel schroffer und schneidender entgegentritt. Und der Widerspruch, den das Beginnen der historischen Schule gefunden hat, dürfte weit eher aus dem vielleicht nur dunkeln Gefühle der Fremdartigkeit des Geistes, den ihr Recht athmet, zu erklären sein, als aus einer Opposition gegen den Umfang, in welchem sie für das Römische Recht die Stelle eines „heutigen" in Anspruch nimmt. — Dennoch ist die Erkenntniß dieses Geistes eine unentbehrliche, wenn man überhaupt zu

74) Dieselbe Richtung wiederholt sich denn auch in ihren rechtsgeschichtlichen Arbeiten.

75) Vgl. v. Savigny Beruf unserer Zeit zur Gesetzgeb. Hdlbg. 1814, p. 114 ff. System, Bd. I, p. XIV—XVI.

einer Ausgleichung zwischen Recht und Rechtsbewußtsein, zwischen Theorie und Praxis gelangen will, deren Nothwendigkeit für das Bestehen eines gesunden Rechtszustandes Jeder anerkennen wird, sollte er auch die Existenz eines Zwiespaltes zwischen beiden bei uns leugnen. — Als einen Beitrag zur Gewinnung des „Geists des Römischen Rechts" sieht nun der Verfasser die vorliegende Arbeit an. Er möchte ihr nach dem eben Gesagten unerachtet ihres lediglich historischen und theoretischen Charakters, dennoch auch eine praktische Bedeutsamkeit beilegen, man müßte denn mit einem scharfen Schnitt das Römische Recht überhaupt von dem der Gegenwart loslösen wollen. Ueber ein solches Verfahren ist hier weiter kein Wort zu verlieren. — Unsere dogmengeschichtliche Einleitung hat uns somit auf den Standpunkt gewiesen, den wir einnehmen müssen, falls unsere Arbeit eine fruchtbringende sein soll. Und das wäre das eine Ergebniß der bisher geführten Untersuchung. Zwar ist dasselbe nur erlangt aus der Betrachtung eines einzelnen Rechtsinstituts und seines Verständnisses in den verschiedenen Perioden, welche die Römische Rechtswissenschaft seit ihrem Wiedererwachen in Europa durchlaufen hat. Indessen hoffen wir, daß uns gegen die nur zu nahe liegende Möglichkeit schiefer und einseitiger Beurtheilung dieses Entwickelungsganges die stete Rücksichtnahme auf die Forschungen Anderer auf diesem Gebiete einigermaßen geschützt haben wird. Fanden wir doch ihre allgemeineren, umfassenderen Resultate auch hier im Besonderen bestätigt. — Ein zweites Ergebniß, zu welchem wir auf dem eingeschlagenen Wege gekommen sind, ist für unsere Doctrin von noch unmittelbarerer, materieller Bedeutsamkeit. Durch die ganze Dogmengeschichte hindurch geht der Zug einer bewußten oder unbewußten Opposition gegen die Römische Ersitzung, welche sich namentlich an ihren Charakter als direkte Erwerbsart anknüpft, und so haben wir ja gleichfalls im Eingange dieses Aufsatzes gerade die Erklärung dieses Umstandes als unsere hauptsächlichste Aufgabe bezeichnet. Es drängt sich uns so die Vermuthung auf, daß eben darin eine eigenthümlich Römische uns widersprechende Rechtsidee sich verkörpert habe. Wie weit diese Vermuthung sich bestätige, muß nun die folgende Untersuchung zeigen.

§. 2. Grundzüge.

Gehen wir nun zurück auf die ältesten Vorschriften, welche uns über das Recht der Usucapion erhalten sind, so begegnet uns zunächst der Satz der zwölf Tafeln: Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto. Ist uns derselbe gleich nicht unmittelbar in dieser Fassung überliefert, so sind doch die entscheidenden Ausdrücke durch zwei Ciceronianische Stellen — Top. c. 4, pro Caec. c. 19 — hinlänglich beglaubigt, so daß sie für weitere Folgerungen eine sichere Grundlage abgeben [1]). Man hat nun diesen Worten, ganz abgesehen von früheren Interpretationen, die sich oft wunderlich genug ausnehmen, auch noch neuerdings mehrfach Unrecht gethan. So einmal Stintzing [2]), wenn er darin bloß den Gedanken finden will, die Zeit sei ein rechtserzeugendes Element. Nicht viel anders verfährt v. Scheurl [3]). Denn auch er räumt ein, daß die Decemvirn in jenem Satze Nichts weiter als die Dauer der Usucapionszeit hätten angeben wollen, indem sie im Uebrigen den Begriff der Usucapion als eines „im Volksbewußtsein eingewurzelten Rechtsinstitutes" und die Bekanntschaft mit demselben stillschweigend vorausgesetzt und der außerdem erforderlichen Requisite der Ersitzung als gewohnheitsrechtlich bereits feststehender nicht erst besonders erwähnt hätten. Scheurl stimmt sonach in der grammatischen Auslegung dieses Gesetzes vollständig mit Stintzing überein, nur in Bezug auf die daraus zu ziehenden Consequenzen weicht er von ihm ab. — Halten wir uns nun aber zunächst rein an die äußere Erscheinung der Sache, ohne für jetzt in ihr inneres Wesen weiter einzudringen, so erscheint denn doch in Wahrheit die Zeit nur als ein einzelnes der in der Ersitzung mit einander wirkenden Elemente, über deren gegenseitiges Verhältniß wir indessen hier noch

---

1) Vgl. über die Kritik dieses Satzes Dirksen Zwölftafelfragmente. Lpzg. 1824. p. 407 ff.

2) A. a. O. p. 5.

3) A. a. O. §. 3, p. 33. Huschke an der dort citirten Stelle erklärt sich genau genommen nur gegen die Ansicht, daß die Usucapion ein durch die Decemviralgesetzgebung neu eingeführtes Institut sei; das Neue dieser Bestimmung sei vielmehr nur die Feststellung der Usucapionszeit. Was dieselbe aber außerdem enthalte, darüber spricht sich Huschke nicht näher aus.

gar Nichts bestimmen wollen. Da tritt nämlich neben die Zeit der Besitz, der gute Glaube, der rechte Titel und Anderes hin. Uebergehen nun die zwölf Tafeln dieß Alles mit völligem Stillschweigen? Wir glauben, es läßt sich hier noch mehr aus ihnen heraus lesen, sobald man nur auf jedes Wort gehörig Acht hat. Es heißt dort nämlich nicht, wie Stintzing und v. Scheurl übersetzen müßten[4]: „die Usucapionszeit dauert zwei Jahre", oder „in zwei Jahren wird ein Grundstück usucapirt", sondern, wenn wir die lateinischen Worte treu im Deutschen wiedergeben wollen, würden sie hier etwa lauten: „Der usus, der zugleich eine Bekräftigung ist, muß zwei Jahre dauern[5]." Es liegt hierin eine wesentliche Abweichung von der üblichen Deutung, welche usus auctoritas als ein ideelles Recht auffaßt, wobei sie die Elemente, aus denen der Begriff besteht, entweder überhaupt nicht als ihrer Natur nach verschieden[6], oder doch bei zugestandener Verschiedenheit nicht mehr als selbständig[7] anerkennt. Gegen jenes beweisen eine ganze Anzahl von Stellen[8] sowohl juristischer wie nicht juristischer Classiker, in welchen von der Usucapion die Rede ist, und wo die ganze Redeweise unwiderleglich zeigt, daß usus nicht das Recht selbst, sondern das Mittel zum Rechtserwerbe bezeichnet. Gegen die Puchta'sche Erklärung spricht die Trennung beider Worte durch die zwischengeschobene Partikel et bei Cicero in der Rede für Cäcina: Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium, wonach der Begriff von usus auctoritas doch nicht so abstract und verflüchtigt sein kann, daß nicht auch die Nebeneinanderstellung seiner beiden Grundelemente noch völlig denselben Sinn gäbe. — Zwar scheint danach der Gedanke, welcher in jenem Satze ausgedrückt werden soll, in ihm noch nicht vollständig ausgesprochen zu sein. Man fragt: Eine Bekräftigung wofür? und: Was ist deren Folge? Allein der Schein einer solchen Unvollständigkeit dürfte mehr nur durch die immer noch unvollkommene Verdeutschung, als durch die Fassung des lateinischen Textes veranlaßt sein. Dort wo usus und auctoritas zu einem Begriffe sich zusammenschließen, liegt ihre wechselseitige Beziehung

4) Vgl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 37.

5) So auch Huschke, Zeitschr. f. gesch. R. W., a. a. O. p. 147, Note 2.

6) Vgl. Unterholzner a. a. O. p. 33 ff.

7) So Puchta Kleine civilistische Schriften. Lpzg. 1851. p. 42 ff.

8) Unterholzner selbst giebt a. a. O. Note 35 eine kleine Auswahl davon.

deutlich zu Tage. Die Antwort auf die beiden gestellten Fragen ist also einfach die: Der usus ist eine Bekräftigung für sich selbst, die Folge seiner Dauer ist also seine eigene, gewährleistete Fortexistenz. Daß hierunter ein bedeutungsvoller Sinn verborgen liegt, wird weiter unten noch klarer werden. Es ist ferner auch ganz richtig, wenn es heißt: usus auctoritas solle zwei Jahre dauern[9]) — woraus man umgekehrt schließen kann, daß mit dem Ablaufe der gesetzten Frist diese Bekräftigung aufhöre. Nachdem diese nämlich einmal hinzugetreten ist, kann sie nicht noch wieder von Neuem dazu kommen. Als der Begriff, von dem die Decemvirn bei dieser Bestimmung ausgegangen sind, erscheint demnach der usus. Von ihm wird gesagt, daß er eine Bekräftigung sei, und daß er, um dieß zu sein, einer gewissen Zeit bedürfe. Auch dieser anscheinende Widerspruch zwischen Sein und Werden wird später seine volle Auflösung finden. In dem usus werden wir also auch die Grundlage der ganzen Usucapion zu suchen haben. Die Zeit ist das Zufällige und Unbestimmte, welches erst näher begrenzt werden muß, mithin bis zu einem gewissen Grade der Willkür unterliegt. Dem entsprechend stellt sich denn in der mitgetheilten Vorschrift des Gesetzes als das Object der ganzen Bestimmung, als der Begriff, welchen „esto" zunächst regiert, das biennium und der annus dar, worauf schon die Wortstellung mit Nothwendigkeit führt. Usus auctoritas soll zwei Jahr sein, nicht umgekehrt, zwei Jahr sollen usus auctoritas sein. Deshalb können wir denn auch dem Puchtaschen Versuche[10]), die Wortfassung unserer Stelle durch die Bemerkung zu erläutern: „Der Erwerber kann sagen, die Zeit ist mein Recht" nicht beipflichten, sofern dabei die Zeit, statt zum Regierten, zum Regierenden wird. — Was ist nun der usus? Puchta[11]) antwortet darauf: die bloße Detention der Sache. Er denkt sich nämlich für die ältere Zeit die possessio, den Besitz des ager publicus, allein als juristischen Besitz, dem aller andere, auch der Usucapionsbesitz, als natürlicher gegenüberstehe, und, wie die Ausdrücke usucapio, usureceptio u. s. w. dies erhärteten, mit dem Namen usus bezeichnet

9) Noch genauer ist hier das lateinische „esto", indem dasselbe zugleich andeutet, daß damit usus auctoritas zu voller, abgeschlossener Existenz gelangt sei, wogegen neben dem Verlangen einer gewissen Dauer immer noch eine fernere Dauer bestehen kann.

10) Cursus der Institutionen Bd. II. Lpzg. 1846. §. 239, Note b, p. 652.

11) Kleine civilistische Schriften, p. 46 ff.

sei. Diese ganze Anschauung beruht auf der Niebuhrschen Hypothese, daß der juristische Besitz in der alten possessio am ager publicus seine Veranlassung gefunden habe, und ist mit dieser von Puchta selbst späterhin auf das Entschiedenste bekämpft worden[12]). Richtiger ist es denn nun auch wohl, mit Huschke[13]) einen Schritt weiter zurückzuthun und in dem usus den bloßen Gebrauch zu erblicken, welcher an sich auch ein mit Anderen gemeinsamer und im Verhältnisse zu den Mitbenutzern dem Objecte nach unbestimmter sein kann. Daraus wird dann „mit der Individualisirung der nutzbaren Sache" der Besitz, in welchem jedoch noch „der usus das Vorwaltende ist," so daß es dabei auch „noch vorzugsweise auf den Gebrauch der Sache ankommt." In dieser Bedeutung ist denn das Wort usus an unserer Stelle der zwölf Tafeln gesetzt. Schon der Ausdruck fundus zeigt es uns, daß wir es hier mit einem begrenzten und darum individualisirten Stücke Land zu thun haben, bei welchem denn auch allein von auctoritas die Rede sein kann.

L. 60 §. 2 D. de V. S. (50. 16) Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero late patere potest, quatenus determinetur et definiatur. (Ulp. lib. 69 ad Ed.)

Es ist also Puchta nur in so weit Recht zu geben, als usus zunächst ein unjuristisches Wort ist und die rein äußerliche Erscheinung des Besitzes bezeichnet; allein unter dieser Hülle liegt doch eben der juristische Besitz verborgen und ist mit jenem Ausdrucke gemeint. So sagt noch Javolenus in:

L. 115 D. de V. S. — possessio ergo usus, ager proprietas loci est — (Javol. Lib. 4 Epistol.)[14])

---

12) Institutionen Bd. II, §. 227, p. 549—551.

13) Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern, Heidelb. 1835, p. 84—88. Etwas Aehnliches deutet schon an Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 33, 34. Nach einer dritten Ansicht wäre usus mit possessio für völlig gleichbedeutend zu halten. Sie war früher die herrschende und findet sich als solche durchgehends in der französischen Schule, so bei Donellus l. l. Lib. V, c. 5 §. 2. Weitere Nachweisungen siehe bei W. F. C. a Ditmar. De lege Atinia. Heidelbg. 1818 §. 3 p. 14, 15, wo auch der Ansicht des Salmasius, auctoritas sei die Vertretungspflicht des Auctor dem Evincenten gegenüber, gedacht wird. Eine Ansicht, die auch neuerdings noch Vertheidiger gefunden hat. Und in gleicher Weise wird auch noch von unseren Juristen die angeführte Erklärung von usus zum Theil festgehalten. Vgl. Schilling Institutionen §. 163, Note e, Leipz. 1837.

14) Vgl. Huschke Licin. p. 94, Note 31. Aus der obigen, dem Huschkeschen Aufsatze entlehnten Ausführung dürfte denn wohl die Richtigkeit der Behauptung, daß usus den juristischen Besitz, wenn gleich einen überwiegend ma=

Also der Usus soll die Grundlage der Usucapion sein. Hier erhebt sich aber sofort noch eine weitere Frage. Ist dazu der usus an sich hinreichend, oder ist noch eine besondere Qualification desselben erforderlich? Haben wir mithin das in der Ersitzung wirkende und treibende Princip lediglich in dem Besitze zu suchen, oder müssen mit ihm noch gewisse andere außerhalb liegende Factoren zu dem Ende concurriren? Unsere, oder eigentlich Huschkes Uebersetzung könnte man als eine Bejahung der letztgenannten Alternative verstehen. „Der usus, der zugleich eine Bekräftigung ist" — also, möchte man schließen, giebt es auch einen usus, der keine Bekräftigung sein würde. Allein diese Auslegung findet doch bloß in dem Relativsatze eine Unterstützung, durch welchen der einfache Begriff usus auctoritas im Deutschen wiedergegeben wird. Zwar ist auch dieser insofern nicht einfach, als er aus zwei noch in gewissem Maße gegen einander selbständigen Grundelementen gebildet ist. Jedoch erscheint in dieser Zusammenstellung die auctoritas auf völlig gleicher Linie mit dem usus, so daß die eine wohl Attribut des anderen sein, nicht aber ihn in seinem Umfange beschränken und dadurch eine übergeordnete Stellung einnehmen kann[15].

Mit diesem durch die Interpretation der Zwölftafelstelle erlangten Resultate, daß nämlich der usus als solcher das Recht der Ersitzung begründe und bewirke, stimmen nicht nur die an der Stelle von usus auctoritas späterhin geläufigen Bezeichnungen

---

teriellen, bezeichne, sich ergeben. Eben darauf leitet uns aber auch folgende Betrachtung. Vorausgesetzt, daß usus überhaupt zum terminus technicus geworden sei, könnte er, wo nicht den juristischen Besitz, nur ein Doppeltes ausdrücken. Entweder die rein körperliche Relation zwischen Mensch und Sache, die man wohl ebenfalls, aber mit Unrecht, Detention genannt hat. (Vgl. Bruns Recht des Bes. im M. A. p. 466, 467.) Jedoch die Benutzung ist immer etwas Selbstbewußtes, keine bloß äußerliche Relation. Oder man hätte darunter die Detention, jenes aus dem Begriffe des Besitzes ausgeschiedene Element, oder aber die ihm selbständig gegenüberstehende Inhabung zu begreifen. Beides bildet den Gegensatz gegen den juristischen Besitz. Dem widersprechen nun aber Zusammensetzungen wie usucapio, usureceptio u. s. w., in denen gerade die Wirkungen des juristischen Besitzes zu erkennen sind. So kommen wir denn auch von dieser Seite für die Wortbedeutung von „usus" zu demselben Resultate, welches wir oben den positiven Zeugnissen entnahmen. Daß darin eine Zeit lang ein entschiedener Gegensatz gegen den Besitz am ager publicus gelegen haben könne, soll damit nicht geläugnet sein, sofern nämlich der ager publicus als arcifinius (vgl. Huschke a. a. O. p. 83 Note 10, siehe jedoch auch Puchta Instit. Bd. II p. 528 Note gg.) einen individuellen usus nicht zuließ. Daran wird übrigens wohl Niemand Anstoß nehmen, daß in L. 115 D. V. S. possessio zunächst nicht sowohl „Besitz" als „Besitzung" bedeutet. Vgl. Brissonius select. antiq. lib. IV. c. 1.

15) Vgl. Puchta Kl. civ. Schriften p. 43.

wie usucapio, usucapere, usu rem acquirere (L. 82 §. 1 D. de leg. I. 30. L. 23 §. 3 D. ex quib. caus. maj. 4. 6. al.), sondern auch die Aussprüche der classischen Juristen über die Natur der Usucapion überein, worin gewiß die beste Bestätigung für die Richtigkeit unserer Auslegung enthalten ist. Nicht auf den Ablauf der Zeit wird das hauptsächlichste Gewicht gelegt, nicht darin etwa das Wesen der Ersitzung gesucht, sondern überall wird der Besitz vorangestellt und die Zeit nur als eine Qualität desselben aufgefaßt.

Ulp. XIX §. 8. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii.

L. 3 D. de usurp. (41. 3) Usucapio est adjectio[16] dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. (Modestin. Lib. V. Pandect.)

Isidor. Orig. V. 25. 30. Usucapio est adeptio dominii per continuationem justae possessionis vel bienii vel alicujus temporis.

Und ähnlich heißt es in den Basiliken.

Lib. 50. Tit. 3. c. 3. Ἡ χρονία χρῆσις δεσποτείαν περιποιεῖ διὰ συναπτῆς νομῆς ἐν ὡρισμένῳ καιρῷ.

Neben dieser Hervorhebung der possessio dem Zeitablauf gegenüber ist in diesen Definitionen aber noch ein Zweites beachtenswerth, die völlige Hintansetzung des justus titulus und der bona fides, deren dort nicht die mindeste Erwähnung geschieht. Frühzeitig ist man auf diesen Umstand aufmerksam geworden und hat darin einen wesentlichen Mangel empfunden. So schon Isidor; er schiebt deshalb sein „justae“ vor „possessionis“ in die ihm vorliegende Ulpianische Erklärung ein und verschlimmbessert diese in solcher Weise. Als Tadler des Modestinus trat später namentlich Paulus de Castro[17]) auf. Die rechte Zurückwei-

---

16) Man fragt hier natürlich: Eine adjectio, wozu? Zu dem naturale dominium, antwortet Ditmar a. a. O. p. 17. Dieß würde auf die oben bekämpfte Theorie von Scheurl über den ersten Zweck der Usucapion hinführen. Die richtige Antwort giebt schon Duarenus Comm. in Tit. D. de usuc. p. 872. Dominium accedit possessioni longi temporis. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 6, Note 24, p. 30, 31. Puchta Institution. Bd. II, §. 239 Note b, wogegen er in den Vorlesungen Leipz. 1849, Bd. I, p. 307, die adjectio nur auf die Hinzufügung des Quiritischen Eigenthums beziehen will. — Vgl. außer den obigen Citaten noch §. 5 J. per quas pers. II, 9. L. 20 §. 2 D. de A. R. D. (41, 1.)

17) A. a. O. zu L. 3 D. h. t. fol. 61a.

sung auf diesen Vorwurf ist — wenn wir ihn anders richtig verstehen — bereits durch Alciat[18]) erfolgt. Justus titulus und bona fides stehen mit dem Besitze hier nicht auf derselben Stufe. Nur in letzterem — und übereinstimmend damit verordneten die zwölf Tafeln, daß der usus an sich auctoritas sein solle — liegt die erwerbende Kraft der Usucapion beschlossen, und einzig von ihm geht sie aus. Die Forderung von bona fides und justus titulus tritt erst in zweiter Linie, — wir möchten nicht sagen „von außen," wie Alciat sich ausdrückt — hinzu. — Also der Besitz, und das ist die Ausbeute, welche wir bis jetzt erarbeitet haben, ist die Grundlage der Ersitzung. Er ist aber auf der anderen Seite auch der Rechtsgrund der Interdicte. Wie verhält sich nun Beides zu einander? So viel steht wohl von vorn herein fest, daß, wenn Usucapion und Eigenthum als zwei verschiedene Dinge anerkannt werden, nicht in jenem auch sofort das letztere gegeben sein kann. Ist dennoch der Besitz hier die den Eigenthumserwerb vermittelnde Kraft, so kann er dieß nicht durch seine bloße Existenz bewirken, sondern wird dessen erst in seiner Fortdauer und durch sie fähig. Mit einem Worte das Besitzen, nicht der nur momentane Besitz, verschafft dem Usucapienten in der Ersitzung das Eigenthum. In seinem Wesen ist aber jener durchaus nichts Anderes als dieses. Der Besitz ist nämlich auf einer factischen Grundlage aufgebaut, seine Erscheinung ist daher eine zeitliche und an die Zeit gebundene, deren Darstellungsformen er daher ebenfalls an sich trägt. Es ist also einzig der Gesichtspunkt für die Betrachtung des Objectes hier und dort ein anderer. Das

---

18) De quinque pedum praescript. No. 62. O. O. Tom. III col. 603. Nec in ea definitione fuit necessaria bonae fidei vel tituli expressio, quod Paulus Castrensis credidit, cum haec substantiam usucapionis intrinsecus non respiciant, sed sola possessio fuit referenda. Auch Mynsinger loc. cit. No. 11 p. 239 unternimmt die Vertheidigung des Modestinus gegen Paulus de Castro. Er scheint aber über Alciats Ansicht, die er gleichfalls anführt, nicht recht im Klaren zu sein, wenigstens kehrt er seinerseits wieder zur Glosse zurück. (Gl. ad L. 3 D. h. t. v. possessionis.) Die betreffenden Worte lauten bei ihm also: Debet autem haec vox (possessio) in definitione cum effectu accipi, ut de justa possessione intelligatur. Possessio autem ut suam vim et potestatem habeat, possitque usucapiendi conditionem praestare, requirit legitimum titulum et bonam fidem, itemque rem talem esse, quae possit usucapi. Atque per hoc defenditur praedicta Modestini definitio a Pauli Castrensis impugnatione, qui eam ut insufficientem notavit propter omissionem j. t. et b. f. Quamquam Alciatus existimet, nec fuisse necessariam tituli vel bonae fidei expressionem, cum haec substantiam usucapionis intrinsecus non respiciant. — Die Neueren übergehen diesen Punkt meist mit Stillschweigen.

eine Mal wird das Nebeneinander in den thatsächlichen Verhältnissen in das Auge gefaßt, im zweiten Falle wird daraus ein einzelner Moment herausgegriffen. Vielleicht möchte Manchen diese Unterscheidung zu künstlich dünken, als daß sie in einem noch im unmittelbaren Volksbewußtsein lebenden Rechte eine Stelle finden könnte. Dem entgegnen wir zunächst, daß der Begriff des Besitzes allerdings erst ein Product der vorgeschritteneren Rechtswissenschaft ist, daß von einer solchen Unterscheidung also in jener früheren Periode nicht die Rede war. Ja, wir räumen selbst ein, daß man eine so abstract begriffliche Auffassung der Usucapion, wie wir sie in diesem Abschnitte geben, dort vergeblich suchen würde. Das Alles schließt aber doch nicht aus, daß die Gesetze, welche wir auf diesem Wege auffinden, auch damals schon in Kraft gewesen sind, daß sie, wenn gleich nicht in wissenschaftlicher Erkenntniß, so doch in der concreten Gestalt der Dinge bereits zu jener Zeit ihre Ausprägung erhalten haben. Sehen wir uns nun aber unter den Quellen der classischen Jurisprudenz um, so will uns scheinen, als ob die Begriffsbestimmung, welche die Römischen Rechtsgelehrten für die Usucapion aufstellen, der so eben entwickelten Ansicht nicht allein nicht im Wege steht, sondern dieselbe sogar auf das Entschiedenste unterstützt. Der Eigenthumserwerb erfolgt darnach „per continuationem possessionis". Offenbar ist dieß eben nur der Besitz in seiner zeitlichen Ausdehnung; dazu verhält sich dann erst die Anordnung einer Usucapionsfrist als Modalität, entbehrt also der Selbständigkeit, wie sich dieß schon in der grammatischen Rection des angeführten Fragmentes ausspricht, wo die Worte „temporis lege definiti" zur näheren Bestimmung und in Abhängigkeit von „continuationem possessionis" gesetzt sind. Man sieht hiernach, wie wenig auch im Sinne der Römer die Zeit ein rechtserzeugendes Element ist. Ein Satz, welcher in Uebereinstimmung mit dem Gesagten von dem Recensenten der gedachten Stintzing'schen Schrift in Gersdorffs Repertorium [19]) als deren Grundirrthum bezeichnet wird. — Wir sind nun aber auch zweitens nach dem bisher gewonnenen Resultate zu folgendem, weiteren Schlusse berechtigt. Ist der Besitz die Grundlage der Usucapion, so muß dasselbe, was dort als das eigentlich rechtsschaffende Element auftritt, die gleiche Function auch hier übernehmen, dieselbe Wirkung auch in unserer Lehre

---

19) Jahrg. 1853. Bd. IV, Heft 1, p. 11. Vgl. auch ob. §. 1 Note 13a.

äußern. Zwar ist dieß selbst wiederum eine höchst bestrittene Materie, indessen können wir uns dabei auf eine frühere Arbeit beziehen. Wir haben es nämlich an einem andern Orte[20]) für den Besitz nachzuweisen versucht, daß der Herrschaftswille des Subjectes, aber auch nur der vom Rechte als solcher anerkannte persönliche Wille das an sich blos factische Verhältniß zum Rechte erhebe. Dieser Grundgedanke muß demnach auch auf die Usucapion seine Anwendung finden[21]).

Der persönliche Wille des Usucapienten ist es also, der ihm das Eigenthum verschafft. Natürlich aber nur der in die Außenwelt getretene und im Besitze dort zur Erscheinung kommende. Diese Anschauung möchte nun indessen bald zu mehrseitigen Bedenken Anlaß geben, welche schließlich allerdings auf einem Mißverständnisse beruhen würden, die aber zuvörderst noch in der Kürze beseitigt werden sollen. Betrachtet man nämlich den Besitz als bloße Thatsache, so fehlt es an jeglichem Verbindungsgliede, welches uns zu dem Rechte hinüberleiten könnte. Faßt man ihn indessen auch als Recht auf, so liegt darin stets noch die Negation des Eigenthums, und der Fortschritt von dieser Negation zum Eigenthum bleibt unerklärt. Das Dunkel, in dem wir uns bis jetzt befanden, hätte sich darnach doch noch nicht aufgehellt. Die letztere Möglichkeit wird zudem schon durch die Redeweise der Quellen ausgeschlossen, welche hier von einer continuatio possessionis, also augenscheinlich von einem äußeren Verhalten sprechen. Allein es steht uns endlich noch ein dritter Weg offen. Wir

20) Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß. N. F. Bd. XI, Nr. XII, p. 397—476. siehe besonders p. 409 ff.

21) Angedeutet findet sich dieß bereits bei Schmidt. Der principielle Unterschied des Röm. u. Germ. R., Rostock u. Schwerin 1853. Hier heißt es p. 110, Note 7: Von diesem Gesichtspunkte aus (vgl. p. 109. Wenn dagegen das Recht auf den Willen des Erwerbers und seine physische Kraft, diesen Willen zu realisiren, als seinen Entstehungsgrund zurückgeführt wird u. s. w.) kommt das ältere Römische Recht auch zu der ihm eigenthümlichen Usucapion. Der Wille eine Sache zu haben kann sich eben so gut wie durch das förmliche manu capere auch durch eine längere thatsächliche Realisirung aussprechen, und es muß daher eine Sache eben so gut wie manu, so auch usu-capirt werden können. Die Germanen gehen von dem Principe aus, daß wer sich Jahr und Tag um seine Sache nicht kümmert, sein Recht zur Strafe dafür verliert und folgeweise der Besitzer dasselbe behalten mag. Das Röm. Recht kehrt, wie gesagt, die Sache um und kommt zur Annahme eines Rechtsverlustes durch Verjährung erst spät, oder eigentlich gar nicht, indem principiell durch die Klagverjährung nicht das Recht selbst, sondern nur die Befugniß seiner gerichtlichen Verfolgung verloren wird." Vgl. auch Ihering Geist des Röm. Rechts Bd. I, Leipzig 1852, p. 103 ff.

brauchen weder von dem reinen Factum des Besitzes, noch von dem vollständig ausgebildeten Rechtsbegriffe auszugehen. Es handelt sich hier vielmehr ausschließlich darum, in ähnlicher Weise, wie dieß früher für den Besitz geschehen ist, so hier für die Usucapion die Vermittelung zwischen Thatumstand und Recht, den Uebergang des einen in das andere nachzuweisen, also aus den in die sichtbare Erscheinung tretenden Momenten den hinter ihnen verborgenen Rechtsgrund darzustellen. Ja, wir können gerade von hier aus gleich noch einen im Vorigen bereits angedeuteten Schritt weiter thun. Wenn die äußerlich wahrnehmbare Erscheinung dieser Thatsache in beiden Fällen dieselbe ist, wenn, wie dieß unsere Quellen bezeugen, eben derselbe Besitz, welcher die Interdicte gewährt, auch zum Eigenthumserwerbe führt, so wird der innere Vorgang, der hier wie dort die factische Unterwerfung der Sache zur rechtlichen umgestaltet, gleichfalls im Grunde derselbe sein müssen. Wie der Schutz für den Willen zu besitzen auf der Anerkennung der rechtlichen Persönlichkeit beruht, welche diesen Willen entwickelt, so ist auch der Schlüssel zur Erklärung der Usucapion in dem Rechte der Persönlichkeit zu suchen. — Ist damit der Schluß, den wir oben zogen, im Einzelnen näher begründet, und der an die Spitze dieses Abschnittes gestellte Satz gegen einige mögliche theoretische Einwendungen gerechtfertigt, so wird nicht minder die in demselben niedergelegte Rechtsanschauung demjenigen natürlich erscheinen, dem es vergönnt war, einmal einen Blick in das Treiben der Praxis zu werfen und hier im unmittelbaren Verkehre mit den Parteien zu bemerken, wie sehr die Berufung auf die eigene Autorität dem ursprünglichen, zur Reflexion über sich selbst noch nicht gekommenen Rechtsgefühle zu allen Zeiten und an allen Orten entspricht. —

Neben dieser Analogie zwischen Besitz und Usucapion ist jedoch auf der anderen Seite auch ihre Verschiedenheit nicht außer Acht zu lassen. Da ihre Resultate nicht dieselben sind, können schon von vorn herein auch ihre Voraussetzungen nicht für völlig identisch gelten. Es tritt uns damit eine schwierige Frage entgegen.

Welchen Inhalt hat der Wille des Usucapienten? Wir sehen hier sofort zwei Wege vor uns offen. Entweder wir denken uns diesen Willen wie im Besitze auf das bloß factische Haben und Beherrschen gerichtet, oder er geht auf die rechtliche Unterwerfung

des Gegenstandes unter die Disposition des Ersitzenden, das Haben zum Eigenthume hinaus. Halten wir uns nun zunächst an die oben mitgetheilten Quellenzeugnisse, so scheinen diese ziemlich deutlich für die erste Ansicht zu sprechen. Es ist in ihnen immer nur von der possessio nnd damit also auch ausschließlich von dem Besitzwillen die Rede. Daß hierbei noch irgend ein darüber hinaus liegendes Moment in Betracht komme, wie dieß der Eigenthumswille, die opinio dominii, wie man ihn wohl genannt hat, sein würde, davon findet sich nicht die geringste Andeutung. Indessen ein Unterschied, wenn auch weniger im Inhalte dieses Willens, als vielmehr in der Auffassung desselben, wird sich sofort zwischen Besitz und Usucapion nicht verkennen lassen. Wir haben ja oben gesagt, nicht der momentane Besitz, sondern das Besitzen in seiner Dauer schaffe hier das noch fehlende Eigenthum; wir haben mithin den Besitzwillen nicht als einen augenblicklichen, sondern als einen dauernden zu betrachten. Jedoch selbst das ist noch nicht genug. Bringen wir diese Fortdauer nur von außen an das ganze Verhältniß heran, so reicht das unmöglich schon aus. Im Besitze ist einzig der darin sich ausdrückende Besitzwille die wirkende Macht. Darum müssen wir denn auch die Besonderheit der hier lebendigen Potenz in ihn hinein verlegen und also den Besitzwillen, sofern er zur Usucapion berechtigen soll, als einen auf die Dauer gerichteten ansehen. Erst dadurch tritt ein specifischer Unterschied des Willens im einen und anderen Falle hervor, ohne daß damit dessen Substanz im Wesentlichen verändert würde. Es bleibt auf der einen Seite der Wille des Subjectes immer noch bloßer Besitzeswille und ist ausschließlich auf das thatsächliche Innehaben und Beherrschen gestellt, auf der anderen aber will er dieß Verhältniß als ein dauerndes, und ist dadurch fähig, andere Resultate als jener hervorzubringen. In dem Anspruch auf dauernde Beherrschung nämlich liegt zugleich der Anspruch auf deren rechtlichen Schutz, und auch wiederum auf einen Schutz für die Dauer, nicht bloß für den Augenblick, wie ihn die Interdicte verschaffen. Der Usucapient will mit einem Worte für seine Herrschaft über die Sache den Schutz, welchen das Eigenthum gewährt, ohne ihn aber als solchen aufzufassen, und ohne wirklich das Eigenthum selbst ausüben zu wollen. So bietet uns der Wille des Ersitzenden hier zwei ganz verschiedene Seiten dar. In objectiver Betrachtung ist er dem Willen, zu Eigenthum zu haben, völlig gleich, und er weist in seiner eigenthümlichen Ausprägung die Beschränkung auf

den bloßen Moment, der wir bei dem Besitze begegnen, entschieden zurück. — Wenn er daher zu objectiver Anerkennung gelangt, kann diese keine andere als die Gewährung des Eigenthums sein. Seine subjective Gestaltung dagegen ist ebenso wie in dem Besitze von jedem Rechtsgedanken durchaus entfernt, einzig auf thatsächliche Verhältnisse bezogen und von ihnen getragen.

Sehen wir nun zu, wie sich hiernach die Usucapion in ihrer Anwendung auf den Vermögensverkehr gestaltet, so haben wir in der eben entwickelten Idee den Ausgangspunkt für ihre beiden Functionen gefunden, sowohl die Ergänzung eines formellen Mangels, als einer materiellen Unvollkommenheit im Erwerbe der Sache. In beiden Richtungen wird der subjective auf die dauernde Unterwerfung des Gegenstandes sich erstreckende Wille, der von exoterischen Voraussetzungen weiter nicht abhängt, in gleicher Weise wirksam. Wir können daher nicht sagen, die eine dieser verschiedenen Beziehungen der Usucapion sei die ursprünglichere und eigentlichere gewesen, an welche sich dann im Laufe der Zeiten die andere als secundäres Gebilde angesetzt habe. Damit ist denn in der That bereits ein Bedeutendes gewonnen. Wir haben ein Grundprincip gefunden, durch welches eine Erklärung der Ersitzung und ihrer verschiedenen Anwendungen möglich gemacht wird, bei der die innere Einheit der ganzen Lehre bewahrt bleibt, ohne daß wir zu anderweitigen Hypothesen unsere Zuflucht zu nehmen gezwungen wären, für welche es denn doch meistens nicht allein an jedem strengen Beweise gebricht, sondern die selbst mit den uns überlieferten positiven Zeugnissen, wie dem historischen Entwickelungsgange des gesammten Institutes sich schwer vereinigen lassen dürften. Es ist damit den Anforderungen, welche wir oben an jeden derartigen Versuch stellten, in Wahrheit genügt. Wir müssen nun aber auch ferner wenigstens in allgemeinen Umrissen zeigen, wie sich aus diesem Grundgedanken heraus die Mannigfaltigkeit der einzelnen Erscheinungen naturgemäß hervorhebt.

Auch hier sind es zunächst nur einige wenige Punkte, denen wir zur Vervollständigung des von uns entworfenen Bildes unsere Aufmerksamkeit für jetzt zuwenden können. Wir gehen dabei vorläufig rein construirend zu Werke. Wenn das in der Usucapion den Eigenthumsübergang bewirkende Element lediglich in dem auf die dauernde Beherrschung des betreffenden Gegenstandes gerichteten Willen anzuerkennen ist, so muß sich derselbe in irgend einer Weise äußerlich manifestirt haben. Er muß objectiv geworden

sein, um objective Bedeutsamkeit zu erlangen. Dieß dürfte kaum von irgend Jemandem bezweifelt werden, auch haben wir dessen bereits vorher im Vorübergehen gedacht. Hier kommt es uns wesentlich auf ein Zweites an. Nicht jeder, nicht auch der in der Luft schwebende Wille genügt dazu. Es ist vor Allem seine innere Wahrheit zu dem Ende erforderlich; dieser entbehrt jedoch ein Wille, dem die Lage der Dinge widerspricht. Ein solcher ist höchstens ein Wille für die Zukunft, und also in der Zukunft, d. h. im Subjecte selbst beschlossen. Denn alle Objectivität beruht in Gegenwart und Vergangenheit. Das Zukünftige ist noch nichts Existirendes, sondern nur Gedachtes, in der Idee Vorhandenes. Die Aeußerung des subjectiven Willens muß daher unter Umständen erfolgen, welche ihn als einen gegenwärtigen bekunden. Machen wir von diesen allgemeiner gehaltenen Sätzen nun auf unseren concreten Fall Anwendung, so gelangen wir zu folgenden Ergebnissen. Der subjective Herrschaftswille muß, um sich objectiv zu verkörpern, erstens überhaupt ausgesprochen sein. Zweitens ist nur die factische Ausübung der gewollten Herrschaft, d. h. der Besitz die entsprechende Darstellung für jenen Willen. Erst jetzt begreifen wir vollständig, was der Jurist sagen will, wenn es bei ihm heißt:

L. 25 D. h. t. Sine possessione usucapio contingere non potest. (Licin. Rufin. Lib. 1. Regular.)

Es ist endlich nothwendig, daß der Besitz eine gewisse Dauer gehabt habe, indem sich erst darin die Richtung dieses Willens auf die Dauer in allgemein erkennbarer und nicht bloß auf die Zukunft verweisender Form ausprägt. So rechtfertigt sich denn mit logischer Nothwendigkeit aus dem aufgestellten Begriffe wieder die Aufstellung eines Requisites, welches wir oben als ein gegebenes auffaßten und zur Abstraction des Begriffes benutzten. Wir haben also für die Richtigkeit unserer Operation die Probe gemacht und durch dieselbe die volle Bestätigung und Gewähr für unser Resultat erhalten. Hiermit sind wir denn aber auch mit unserer begrifflichen Entwickelung nach dieser Seite hin zu Ende. Nur eine gewisse Dauer wird für den Besitz gefordert. Das Maß dieser Dauer zu bestimmen, ist Sache der äußeren Willkür, höchstens der Zweckmäßigkeit. Ist ein solches Maß aber einmal aufgestellt, so kann auch, so lange dasselbe noch nicht erfüllt ist, die Manifestation jenes Willens nicht als vorhanden angesehen werden. Dieß klingt parador, ist aber nicht anders möglich, sobald an die

Stelle einer unbestimmten Dauer ein fester Zeitraum gesetzt wird. Und Letzteres ist wieder unumgängliches Bedürfniß, mag nun diese Normirung ein für alle Mal oder für jeden vorkommenden Fall insbesondere getroffen werden, indem die Dauer an sich etwas Unfaßbares, schließlich mit dem Momente selbst Zusammenfallendes ist. Dadurch wird es also begreiflich, warum die Ersitzung durch jede Usucapion unterbrochen wird, und zugleich sehen wir hier abermals, wie wenig Wahrheit der Satz enthält, die Zeit sei ein rechtsschaffendes Element. Sie ist Nichts als der Stoff, in welchem der subjective Wille sich ausdrückt.

Wir haben in der bisherigen Darstellung unser Institut nur in seinen gröbsten Umrissen gezeichnet. Wir hielten dieß für unerläßlich, um die Grundzüge desselben deutlich wahrzunehmen, Gang und Stelle seiner Wurzel richtig aufzufinden, ohne den Blick an den dort entspringenden, vielfach sich kreuzenden Ausläufern zu verwirren. Es ist nun aber nicht zu läugnen, daß das Princip der Usucapion uns hier noch in einer viel zu schroffen Einseitigkeit erscheint, als daß es denjenigen befriedigen könnte, der überhaupt mit dem Römischen Rechte einiger Maßen vertraut ist. Dazu bedarf es wieder der Umkleidung des vor unsern Augen bloß gedeckten Gerüstes mit den zarteren, dieses selbst verhüllenden Theilen des von ihm aufrecht gehaltenen Organismus. Wir werden dann die alten, bekannten Formen wiedererblicken, ohne jedoch der Gefahr ausgesetzt zu sein, über dem Beiwerke die Hauptsache, über der Schale den Kern zu übersehen.

Für diese, unsere demnächstige Aufgabe ertheilen uns nun schon die zwölf Tafeln einige weitere Fingerzeige. Einmal begegnen wir dort bereits dem objectiven Usucapionsverbote furtiver Sachen[22]), und zweitens läßt wenigstens die Art, wie Gaius über den Sinn desselben sich ausspricht[23]), darauf schließen, daß schon nach dem Rechte der zwölf Tafeln der gute Glaube des Besitzers zur Usucapion erfordert wurde, indem er eben in deren

---

22) Gegen die subjective Auffassung dieses Satzes durch Stintzing a. a. O., §. 4, p. 8 ff. vgl. v. Scheurl a. a. O. p. 33 f. Wenn jedoch jener auch aus der grammatischen Construction, aus dem Uebergange vom Perfect zum Präsens einen Grund für seine Deutung herleitet, so ist dagegen zu bemerken, daß das Perfect nur den Abschluß in der Gegenwart bezeichnet, daß man also jene Worte dahin übersetzen muß: Wenn man sich aber gewöhnlich auf das Verbot der Usucapion furtiver Sachen durch die XII Tafeln beruft u. s. w.

23) Gai. Inst. Lib. II, §. 49.

Geiste jenes Verbot als ein nur gegen Dritte, nicht gegen den Dieb selbst, der ja malae fidei possessor sei, wirksames characterisirt. — Was nun die erste Bestimmung anbelangt, so ist sie allerdings mehr positiver Natur. Sie ergiebt sich nicht einfach aus der Analyse des Begriffs der Usucapion, sondern erst aus allgemeineren Betrachtungen, so daß sie, wenn wir den einmal eingenommenen Standpunkt nicht verlassen, auf ausdrücklicher, gesetzlicher Sanction beruht[24]). Freilich ist auch diese im engsten Zusammenhange mit der Grundidee der ganzen Lehre zu denken, deren Herrschaft wir hier eben nachweisen wollen. Doch davon später. Anders steht es mit der subjectiven bonâ fides. Das Recht schützt den in die Außenwelt getretenen Willen der rechtlichen Persönlichkeit, sich einen Gegenstand zu unterwerfen. Es kann jedoch, wenn es sich nicht selbst widersprechen soll, dem Willen seine Autorität nicht angedeihen lassen, der schon in seiner äußeren, sinnlichen Gestalt als unrechtlicher und widerrechtlicher auftritt; er darf also, sofern diese bloß als Spiegelbild des inneren Vorganges, des Wollens erscheint, der Ersitzende sich nicht im bewußten Gegensatze zum Rechte befinden. Hier ist die Erklärung jenes anscheinenden Schwankens unserer Doctrin zwischen subjectivem und objectivem guten Glauben zu suchen und anzutreffen; man sieht eben nicht unvermittelt auf den Willen des Usucapienten, sondern kann denselben nur aus seiner bestimmten thatsächlichen Ausprägung entnehmen. Wir werden darauf weiter unten abermals zurück kommen. Zuvörderst haben wir nun noch einen Einwurf zu beseitigen, der unserer bisherigen Entwickelung entgegengesetzt werden könnte. —

Wenn nämlich das Erforderniß des guten Glaubens lediglich als Consequenz der Usucapionsidee aufzufassen ist, wenn wir ferner die Usucapion desjenigen anerkennen, der sich z. B. eine res mancipi nur tradiren ließ, der mit einem Worte die civilrechtlichen Erwerbsformen nicht für sich hat, sich dem Civilrechte gegenüber also in mala fide befindet, so stellen wir ja damit die Usucapion wenigstens in dieser einen Anwendung doch wieder auf den Grund des bonitarischen Eigenthums, wogegen wir uns so eben nur noch ausdrücklich verwahrt haben. Allein der täuschende

24) Möllenthiel a. a. O. p. 29 sieht darin die Veranlassung, das Requisit der bona fides überhaupt in unserer Lehre aufzustellen. Auch Ditmar l. l. p. 27 neigt sich dahin nach Pothier's Vorgange. (Pand. Iust. Paris. 1818. Tom. I, p, LXXXIX.)

Schein dieses Einwurfes verschwindet, wenn wir bedenken, daß einmal jene zwar nothwendige Folgerung aus dem Principe der Usucapion doch nicht schon von Anbeginn an sich zum vollen Bewußtsein hindurch gearbeitet hatte, daß die Ersitzung also wenigstens früherhin Nichts mit dem bonitarischen Eigenthum gemein gehabt, und erst später in Beziehung zu demselben getreten sein könnte. Und wenn man darauf erwiedern möchte, in dem Rechte der zwölf Tafeln liege dieser Widerspruch denn doch zu Tage, indem dort die bona fides bereits verlangt werde, das bonitarische Eigenthum aber noch nicht anerkannt sei, so ist dem zu entgegnen, daß dasjenige Verhältniß, welches später zum bonitarischen Eigenthum wurde, auch im Civilrechte immerhin als Recht, wenn gleich nicht als Eigenthumsrecht aufgefaßt werden konnte[25]. — Zweitens aber, und hierauf legen wir das Hauptgewicht, schreiben wir unseres Theils dem natürlichen Erwerbe eine ganz andere Function bei, als dieß von Scheurl geschehen ist. Es wäre unrichtig, wenn man uns vorwerfen wollte, wir gründeten das Recht der Usucapion oder die Berechtigung zur Usucapion auf das bonitarische Eigenthum. Vielmehr erscheint uns dieß nur als Grund der bona fides. In dieser Beziehung hat das „in bonis esse“ eine rein negative Bedeutsamkeit. Es entfernt einen Umstand, an welchem die Kraft des subjectiven Wollens sich sonst brechen würde, es wird aber keineswegs als selbständiger Factor in der Ersitzung wirksam. Das Letztere nimmt eben v. Scheurl an, und nur darauf erstreckt sich die oben gegen ihn gegebene Ausführung. Mit einem bloß indirecten Einflusse nämlich, der ursprünglich eben so wohl von dem bonum et aequum als dem strengeren jus ausgeübt werden konnte, verträgt sich die spätere Heranbildung des bonitarischen Eigenthums sehr wohl. —

Von den in der alten bekannten Regel: Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus angegebenen Bedingnissen der Ersitzung ist uns noch das zweite übrig geblieben. Von ihm soll jetzt noch kurz gehandelt werden. — Das kann nun nicht mehr zweifelhaft sein, daß wir in Betreff der Bedeutung des Titels uns in einem principiellen Gegensatze gegen v. Scheurl befinden, welcher in ihm consequent das Haupterforderniß der Usucapion erblicken muß, und dieß auch in der That ausdrücklich hervorhebt. Daneben soll dann der gute Glaube ergänzend eintreten, soweit es in Wirk-

25) Vgl. v. Scheurl a. a. O., §. 5, p. 35, 36.

lichkeit an der justitia tituli fehle, so daß da, wo der Titel in Wahrheit vollständig ist, auf die bona fides weiter Nichts ankommen kann[26]). Wir kehren hier mehr zu der Auffassung v. Savigny's zurück, nach welcher bekanntlich der Titel nur die Rechtfertigung des guten Glaubens ist[27]), ohne uns ihr indessen völlig anzuschließen. Nach unserer Ansicht nämlich ist der Titel, wenn auch nicht eigentlich Rechtfertigung, geschweige denn bloßes Beweismittel für die bona fides, welche demnach auch durch anderweitige Thatsachen müßte dargethan werden können, so doch ihre äußere Darstellung. Indem sie, wie sich aus unserer obigen Untersuchung ergeben hat, zu dem Herrschaftswillen nur in dem Verhältnisse einer besonderen Eigenschaft steht, ist sie in dessen Totalität mit umschlossen; sie muß daher auch in seiner factischen Erscheinung wieder zu erkennen sein. Der Einheit des Gedankens entspricht einzig eine einheitliche Verkörperung. Die Gesammtanschauung der betreffenden Facta, auf welche die Ersitzung sich stützt, muß also nicht minder die bona fides bekunden. Ein subjectives Wähnen, welches sich allenfalls aus ganz fern liegenden Umständen nachweisen ließe, reicht hier unmöglich hin. Dieß würde eben der objectiven Wahrheit entbehren, die wir als Erforderniß für die Anerkennung jenes Willens oben kennen gelernt haben. Und dieser Anforderung kann sich nun auch der gute Glaube nicht entziehen, der ja, wie gesagt, nur als Qualität des Willens in Betracht kommt.

Es mag uns gestattet sein, gleich an dieser Stelle auf einen Umstand aufmerksam zu machen, der dabei von wesentlicher Bedeutung ist. Wir haben verlangt, daß in der Gesammtanschauung des Besitzverhältnisses die bona fides anschaulich werden müsse. Dazu gehören denn auch die den Besitzerwerb begleitenden Umstände und unter ihnen der justus titulus. Nur dürfen wir nicht vergessen, daß wir uns hier immer auf dem Gebiete des Thatsächlichen bewegen, daß also der Titel, sofern wir darunter die Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes verstehen, welches an sich zur Eigenthumsübertragung hinreichend wäre, nicht unbedingt erheischt wird, wenn nur der übrige Vorgang das Vorhandensein des guten Glaubens in objectiv sicherer Weise erkennen läßt.

Wir haben somit in den allgemeinsten Grundlinien eine

---

26) Ebenda §. 11, p. 57.
27) System Bd. III, Beil. VIII, Nr. 15, p. 371, 372.

flüchtige Skizze der Lehre von der Usucapion entworfen und auf diesem Wege den inneren Zusammenhang ihrer einzelnen Sätze sowohl unter sich, als mit dem in der Ersitzung herrschenden Grundprincipe darzulegen versucht. Es ist damit dem positiven Theile der Aufgabe dieses Paragraphen genug geschehen. — Jedoch bedarf die vorgetragene Theorie noch nach zwei Seiten hin der Abwehr gegen etwaige Angriffe. Einmal könnte sich das Bedenken wider unsere Darstellung erheben, daß der Gedanke, welchen wir unserem Rechtsinstitute unterlegen, bei seiner Allgemeingültigkeit nothwendiger Weise von größerer Tragweite hätte sein müssen; daß die Gewalt des subjectiven und äußerlich rechtmäßigen Willens ihre Wirksamkeit nicht bloß auf das Recht des Eigenthums würde beschränkt haben, wenn dieselbe überhaupt als rechtserzeugende wäre aufgefaßt worden. In der That sehen wir nun aber dasselbe Verhältniß nicht allein in Betreff der jura in re wiederkehren, wir begegnen seinen Spuren auch im Familien- und Erb-Rechte wieder, dort in der Entstehung der manus durch einjährigen usus, hier in der usucapio pro herede. Einzig das Obligationenrecht scheint von der Idee der Usucapion völlig unberührt geblieben zu sein. Gerade darin möchten wir eine nicht ungewichtige Bestätigung für die Richtigkeit unserer Anschauungsweise finden. Das Obligationenrecht ist derjenige Theil des Systems, in welchem die Freiheit einer anderen Person als das unserem Willen unterworfene Object heraustritt[28]). Ganz anders stehen darin die dinglichen Rechte da. Hier ist, wie Böcking sagt[29]), der Privatwille der die Sache unmittelbar beherrschende Einzelwille, welcher zu dem Willen Anderer nur ein negatives Verhältniß hat. Und eine ähnliche Seite läßt sich denn auch dem Familien- und Erb-Rechte abgewinnen. Eben dadurch erklärt es sich, wie auf diesem Gebiete der subjective Wille zu unbedingter Anerkennung kommen konnte, wogegen bei allen obligatorischen Beziehungen der Wille der einen Person in directer Relation zu dem der andern sich befindet. Hier treten einander also zwei ebenbürtige Mächte gegenüber, von denen keine ohne Weiteres ein Uebergewicht über die andere zu erlangen im Stande ist, während es sich dort bloß um die Bewältigung der todten Masse durch

---

28) System Bd. 1, §. 53, p. 338, 339. Obl. R. Bd. I, §. 2, p. 4.

29) Institutionen §. 29, p. 133. Vgl. auch Huschke Tübing. krit. Zeitschr. Bd. II, p. 205 f.

die Geltung der lebendigen Persönlichkeit handelt, mit welcher das Recht Dritter nur mittelbar collidirt.

Dennoch hat es fast das Ansehen, als ob unsere Römischen Rechtsquellen dieses nur negative Verhältniß in einer Weise betonen, welche mit dessen Zurücktreten vor dem subjectiven Herrschaftswillen nur wenig übereinstimmt, sondern auf eine mehr positive Bedeutsamkeit hinweist. Vornehmlich ist es:

> L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16). Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Is quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, velut qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. (Paull. Lib. 21 ad Ed.)

welche hier in Betracht gezogen werden muß. Und gewiß macht dieß Fragment, besonders wenn man dessen ersten Satz allein heraushebt, zunächst den Eindruck, als ob darin dem Verhalten des bisherigen Eigenthümers ein schon an sich entscheidender Einfluß auf den Erfolg der Ersitzung eingeräumt und zugeschrieben werde. Doch ergeht es dieser Stelle nicht anders, wie vielen sonstigen Quellenaussprüchen, welche unerachtet ihrer allgemeineren Fassung, durch den Zusammenhang, in dem sie ursprünglich standen, vor jedem Mißverständnisse gesichert waren, aus diesem herausgerissen aber einen nur halbwahren, jedenfalls schiefen Gedanken enthalten. Schon die Compilatoren haben desfalls namentlich im Titel de regulis juris manchen Verstoß begangen. Noch größer ist der Fehler derjenigen, welche, wie wir oben sahen, aus den vereinzelten Anfangsworten der L. 28 cit. ihre Usucapionstheorie aufbauen, während unmittelbar der weitere Verlauf der Gesetzesstelle mit ziemlicher Evidenz den Beweis liefert, daß es dem Juristen hier nicht um die Darlegung des Wesens der Usucapion, sondern um die Erläuterung des Begriffs der Veräußerung zu thun ist. Die ferneren Wege für das richtige Verständniß der L. 28 cit. und die Wiederauffindung ihrer eigentlichen Beziehungen sind schon von Cujacius[30]) und zum Theil auch von Jacobus Gothofredus[31]) gebahnt worden. Unser Frag-

30) In Lib. XXI Paulli ad Ed. O. O. Tom. V, col. 297.

31) Ad leg. 129 D. de R. I. Opera minora ed. Trotz. Lugd. Bat.

ment ist aus dem einundzwanzigsten Buche des Paullinischen Edictscommentars entlehnt, welches von der Eigenthumsklage handelt. Dadurch ist es schon an sich nicht unwahrscheinlich, daß der dort ausgesprochene Satz wie der übrige Inhalt des Buches für das Recht der rei vindicatio seine besondere Geltung hatte. Eben darauf zielt folgende allgemeinere Regel:

L. 12 D. h. t. Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes. (Paull. Lit. 21 ad Ed.)

Die Inscription theilt diese Stelle mit der vorigen. Auch in ihr wird von der Unmöglichkeit der Usucapion in Hinsicht auf die Zulässigkeit der dinglichen Klage gesprochen, jedoch mit dem Unterschiede, daß das Hinderniß dort ein objectives, hier ein subjectives ist. Nichts desto weniger werden wir so näher auf den wahrscheinlichen Zusammenhang der L. 28 cit. hingeleitet. Der Gedankengang des Paullus wäre danach etwa folgender gewesen. Ein Veräußerungsverbot schließt auch die Usucapion unbedingt aus, sofern ihr Erfolg doch ebenfalls eine Vermögensminderung ist. Die Vindication hat hier also vollkommen Statt. Eine besondere Bestätigung erhält unsere Vermuthung noch durch das völlig gleiche Raisonnement in

L. 16 D. de fund. dot. (22, 5). Si fundum, quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, quum id facere posset, rem periculi sui fecit; nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, jam coeperat. (Tryphonin. Lib. 11. Disp.)

Gehen wir nun der Natur solcher Veräußerungsverbote nach, so ist der Zweck, den sie verfolgen, weniger ein juristischer als öconomischer; und von demselben Standpunkte aus sind denn auch die einzelnen dabei in Betracht kommenden Verhältnisse zu beurtheilen. Wir haben es hier also ausschließlich mit dem factischen,

---

1733. col. 1068, 1069. Cf. Schulting-Smallenburg Notae ad Pand. zu L. 129 cit. Vergl. übrigens noch §. 4, Note 89 und p. 107 ff. besonders Note 215.

nicht mit dem rechtlichen Begriffe der alienatio zu thun. Unter jenen fällt denn auch die Ersitzung, da es regelmäßig in der Macht des Eigenthümers steht, ihre Vollendung zu vereiteln. Auf ihr juristisches Wesen ist aber aus den bei dieser Gelegenheit gemachten Aeußerungen kein Schluß zu ziehen; characterisirt sie doch Tryphoninus selbst als „acquisitio" und bringt sie dadurch zu dem vorangegangenen „alienari" in einen gewissen Gegensatz. Noch weniger kann zu dem Ende der Ausdruck „longi temporis praescriptio" benutzt werden, da er längst zum Kunstausdrucke geworden war, bevor dieß Institut zum wirklichen Eigenthumserwerbe führte. Ueberdieß wird daneben eben so oft „longi temporis possessio" gebraucht. Die von Neueren[32]) wohl angeführte Regel „tempore dominium quaeritur" findet sich in dieser Gestalt unseres Wissens gar nicht in den Rechtsquellen.

§. 3. Die lucrativen Usucapionen.

Die usucapio pro herede und die beiden Usureceptionen tragen, das wird ziemlich von allen Seiten eingestanden, den Stempel der Alterthümlichkeit im höchsten Maße an sich; ja sie erscheinen fast nur noch als Trümmer, aus einer früheren Periode der Rechtsbildung in die spätere hineinragend und hier von dem neu Gewordenen zum Theil so weit überdeckt, daß ihre einstigen Umrisse nur noch mit Mühe dem Auge erkennbar werden, zum Theil auch gänzlich dahinter verschwindend. Wir können sie daher, so weit unsere historische Kunde reicht, unbedenklich für die älteste Gestaltung erklären, in welcher uns die Usucapion entgegen tritt. Eben deshalb sind sie für uns von besonderer Wichtigkeit. An ihnen muß zunächst die Probe für die Richtigkeit einer jeden Usucapionstheorie gemacht werden. Dieß hat indessen seine großen Schwierigkeiten. Zwar, darf man wohl annehmen, sind die Grundprincipien des ganzen Institutes hier noch unabgeschwächt und in voller Kraft wirksam gewesen, und also um so deutlicher und bestimmter ausgeprägt. Allein auf der anderen Seite zeigen sie uns einen so fremdartigen Character, scheinen aus dem leben-

32) So Puchta Kleine civil. Schriften, p. 412.

digen Zusammenhange mit der nachmaligen Rechtsformation so völlig herausgerissen, daß es schon aus diesem Grunde nicht leicht ist, sich in ihnen zurecht zu finden. Zudem sind unsere Nachrichten über die gedachten Fälle der Ersitzung nur allzu unvollständig und lückenhaft. Wir sind dabei fast ausschließlich auf einige, wenige Paragraphen der Gaianischen Institutionen beschränkt. — Eine unterscheidende Eigenthümlichkeit wird nun dort mit aller Schärfe an ihnen hervorgehoben: Unerachtet des Bewußtseins von der fremden Angehörigkeit der besessenen Sache ist die Usucapion hier dennoch möglich. Wohlverstanden, sie ist möglich. Damit ist aber noch keinesweges gesagt, daß der Mangel des guten Glaubens unter Umständen nicht trotzdem ein Hinderniß abgeben könne, noch weniger, daß er für diese Arten der Ersitzung durchweg characteristisch sei. Nur sofern die bona fides wirklich fehlen darf, sind sie mit dem Namen „lucrativa usucapio" zu belegen, sie fallen aber durchaus nicht vollständig unter diesen Begriff. Wir hielten es für nöthig, gleich hier auf diesen Punkt aufmerksam zu machen, dessen Verkennen zu mannigfacher Verwirrung geführt hat. Den Beweis für unsere Behauptung wie die Detailausführung werden wir im Folgenden liefern. — Nachdem man sich nun anfänglich begnügt hatte, einfach zu registriren, daß hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel Statt finde, wonach der Eigenthumserwerb den guten Glauben des Usucapienten voraussetze, suchte man später nach dem Grunde dieser Ausnahme. Die Vermuthung lag hier nahe, besonders in Folge des eben gerügten Mißverständnisses, daß die Ersitzung in ihrer ursprünglichen Gestalt der bona fides überhaupt nicht bedurft hätte, daß jene einzelnen Formen derselben also nur die naturgemäßen Aeußerungen des damals allgemein gültigen Gesetzes seien. So namentlich Stintzing[1]). Man könnte die von uns gegebene Auseinandersetzung in ähnlicher Weise verstehen wollen. Wir haben nämlich das den Eigenthumserwerb durch Usucapion begründende Moment in dem subjectiven Herrschaftswillen gefunden, zu dem das Erforderniß des guten

1) Andeutungen dieser Auffassung finden sich u. A. schon bei Schrader Comm. ad Inst. zu pr. J. II, 6 ad voc. „bona fide .... dominum esse." v. Vangerow Lehrb. der Pand. Marb. 1851. Thl. I, p. 684. Auch früher hatte man wohl bereits, unabhängig von den Gaianischen Nachrichten, die Ansicht aufgestellt, zur Zeit der XII Tafeln sei die bona fides noch nicht gefordert worden. S. Möllenthiel a. a. O. §. 2, p. 4 ff. Vgl. Schilling Bemerk. zur Röm. Rechtsgesch. Lpzg. 1829. p. 75, 76.

Glaubens erst in zweiter Linie hinzutrete. Vielleicht möchte man sich nun versucht fühlen, dieß dahin zu deuten, als ob es demgemäß auch einmal eine Zeit gegeben haben müsse, wo man bei der Ersitzung von aller bona fides abgesehen hätte. Unsere Ansicht ist das freilich nicht. Wenn wir dem guten Glauben erst in zweiter Reihe eine Bedeutsamkeit zusprachen, so haben wir damit ja noch nicht die Macht jenes Willens auch für die zeitlich frühere ausgegeben, die zuvörderst für sich allein wirksam geworden sei, bis man dann später daneben noch die Redlichkeit des Erwerbes als nothwendiges Requisit gelegentlich aufgestellt habe, sondern wir haben sie nur für die begriffliche Grundlage des ganzen Institutes erklärt. Soll sie dieß sein, so muß man freilich von diesem Anfange ausgehend in folgerichtiger Fortentwickelung zu der vollendeten Gestalt des gesammten Rechtsgebildes gelangen können, ja mit Nothwendigkeit dahin geführt werden — und diesen Gang in allgemeinen Umrissen anzudeuten, war eben die Aufgabe des vorigen Abschnittes. Allein es wäre eine grobe Verwechselung, wenn man das, was bei dieser logischen Operation als das Vorausgehende erscheint, darum auch für das historisch Frühere halten wollte; wenn man dächte, daß mit der begrifflichen Entfaltung auch die geschichtliche Fortbildung hätte gleichen Schritt halten müssen. Das hieße in der That allen inneren Gedankenzusammenhang völlig zerreißen, wobei es ja gerade auf das Nebeneinanderstehen, also die Gleichzeitigkeit der einzelnen sich gegenseitig bedingenden Momente ankommt. Auch möchte es kaum der Abwehr gegen ein solches Mißverständniß bedürfen, wenn dasselbe nicht durch die Erinnerung an jene Darstellung gefördert würde, wonach der gute Glaube des Ersitzenden anfänglich durchaus gleichgültig war. — Andere suchen das Anomale jener Erscheinung umgekehrt dadurch hinwegzuräumen, daß sie das Vorhandensein der bona fides auch hier nachzuweisen sich bemühen. Dieß thut v. Scheurl[2]) und, wenigstens in gewissem Sinne, auch Huschke[3]).

Wir können keiner dieser beiden Bestrebungen ohne Weiteres beistimmen; weder der ersten, weil selbst in diesen Ausnahmsfällen der Usucapient doch nicht eigentlich in mala fide war, noch der letzteren, weil das innere Verhalten des Occupanten hier zum Theil

2) A. a. O. §. 8, 9.

3) Zeitschr. für gesch. R. W. a. a. O. p. 201 ff.

ein ganz anderes ist, als bei der gewöhnlichen Usucapion. Ueberhaupt herrscht in Bezug darauf sogar noch hinsichtlich der einzelnen Arten der lucrativen Ersitzung ein bedeutender Unterschied. Doch wir gehen zu diesen selbst über, um unsere Gründe wider die Auffassung der Gegner darzulegen und demnächst den Versuch einer Erklärung aus den oben von uns aufgestellten Principien zu wagen.

1) Die usucapio pro herede. In Betreff der älteren Gestalt derselben, wonach die ipsae hereditates, nicht bloß die einzelnen Erbschaftssachen usucapirt wurden, stimmen Huschke und v. Scheurl, sowohl was den Inhalt, als die Begründung ihrer Ansichten anlangt, im Wesentlichen überein. Wir knüpfen zunächst an die Darstellung des Letzteren an. Er läßt sich dahin aus[4]: Res hereditariae — heißt es bei Gaius[5]) — antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Was Niemandem gehört, ist Jedermann berechtigt zu occupiren; besonders aber mußte für berechtigt gehalten werden, die aus solchen Sachen bestehende Erbschaft eines Verstorbenen zu occupiren, wer dieß thut pro herede d. h. mit dem Willen, wie ein Erbe den Verstorbenen zu vertreten, „sein Heil und seine Ehre bei Göttern und Menschen zu retten, die sacra zu besorgen und die Schulden abzutragen."[6]) Ueber das Gefühl, daß in solcher Occupation denn doch ein Eingriff in die Rechte des berufenen Erben liege, habe das practische Interesse, die Antretung der Erbschaften zu beschleunigen, hinweggeholfen; und so dürfe man sich nicht wundern, „daß man an jener äußerlichen Begründung sich genügen ließ, und demgemäß ohne Zweifel eine solche hereditatis usucapio als eine ganz regelrechte betrachtete." Die Herrenlosigkeit der Erbschaft ist also der hauptsächlichste Grund, welchen v. Scheurl für die Rechtmäßigkeit dieser Ersitzung und die Zulässigkeit einer Occupation der Erbschaftssachen anführt. Er verfällt damit in denselben Fehler, den Stintzing[7]) begeht, um nachzuweisen, weshalb an res hereditariae ein Diebstahl nicht verübt werden könne. Eigenthümlich ist dabei der Umstand, daß, was der Letztere für die natürliche Rechtsanschauung ausgiebt, bei jenem mehr nur wie

---

4) A. a. O. §. 8, p. 47.
5) Inst. Lib. II, §. 9. cf. L. 1 pr. D. de R. D. 1, 8.
6) Worte Huschke's a. a. O. p. 205.
7) A. a. O. §. 7, p. 28 ff.

eine juristische Formel[8]) angesehen wird, mit der man operirt habe, unbekümmert um die eigentliche Natur der Verhältnisse. Eine solche Gegenüberstellung der natürlichen und rechtlichen Anschauungsweise, wie sie, wenn gleich in anderer Art, bei v. Scheurl wie bei Stintzing sich findet, halten wir nun für durchaus ungerechtfertigt. Schon das spricht dagegen, daß sogar darüber Zwiespalt herrscht, auf welcher Seite denn das natürliche, auf welcher das juristische Rechtsgefühl zu suchen sei. Bereits an einer anderen Stelle[9]) sind wir zu zeigen bemüht gewesen, daß die Forterixistenz des Vermögens als solchen über das Leben des bisherigen Inhabers hinaus, und damit auch die Annahme irgend eines Mittelpunktes für dasselbe eine Forderung selbst der unmittelbaren, volksthümlichen Auffassung dieser Verhältnisse sein müsse, wenn anders das Erbrecht überhaupt auf eine volksthümliche Rechtsüberzeugung sich stütze. Von dem Widerstreite einer unklaren Rechtstheorie mit einem unklaren Rechtsgefühle, die sich dann so gut oder so schlecht es eben gehen wollte, mit einander abgefunden hätten, kann hier also nicht die Rede sein. Betrachten wir demnach das Erbrecht als ein in sich übereinstimmendes Ganze, so muß damit auch jeglicher Schein einer Berechtigung zur Beschlagnahme des Nachlasses durch Dritte verschwinden. Damit verlöre ja das Gesetz die Kraft, die von ihm, sei es unmittelbar, sei es mittelbar durch die Bestimmung des Erblassers, ausgesprochene Berufung zur Wahrheit werden zu lassen. Denn das wäre doch in der That eine durch Nichts erklärliche Abnormität, wenn das Recht so auf der einen Seite die Erbschaft aus allem Rechtsnexus entließe, um sie dann auf der anderen gelegentlich wieder einmal einzufangen. Zwar erklärt Gaius die Erbschaftssachen für res nullius; allein in welchem Sinne dieß zu verstehen sei, brauchen wir hier wohl nicht zu wiederholen[10]). Für berechtigt, sich den Nachlaß anzueignen, kann mithin Niemand gelten, als eben der berufene Erbe. Ja, v. Scheurl erkennt dieß

8) Damit will es freilich wieder nicht recht stimmen, wenn v. Scheurl anderwärts (Beitr. Bd. I, p. 32) in jenem Gaianischen Ausspruche nur „eine Anerkennung der natürlichen Wirklichkeit im Gegensatze zur juristischen Fiktion" erblickt. Denn man müßte darnach annehmen, daß in der Zulassung der usucapio pro herede die juristische Betrachtungsweise ihr eigenes Fundament aufgegeben und bei Seite gestellt habe.

9) Commentatio de III regg. jur. in hereditate jac. observatis. Vratisl. 1852. p. 20 sq. Vgl. Note 32.

10) S. ebenda §. 5, p. 47 ff.

selbst in gewissem Maße an, wenn er dem pro herede usucapiens wegen seiner Ehrenrettung des Verstorbenen noch eine besondere Berechtigung zuschreibt. Er kehrt damit zu einem früher von ihm ausgesprochenen Gedanken zurück[11]), wonach die Voraussetzung der usucapio pro herede die sein sollte, daß Niemand Erbe werden will. Wenn wir hierbei nun auch noch ganz von der weiteren Hypothese[12]) absehen, daß die Usucapion durch die interpretatio prudentum zu dem Zwecke auf die hereditates für anwendbar erklärt sei, um die möglichste Beschleunigung des Erbantrittes herbeizuführen, so ist doch die behauptete Voraussetzung positiv nirgends begründet. Daß sie durch die thatsächlichen Umstände sich wird in der Regel gerechtfertigt haben, mag daneben gern zugegeben werden. So ist denn auch von dieser Seite her eine Berechtigung des Occupanten schwerlich darzuthun. — Eine etwas andere Wendung giebt Huschke der Sache, indem er mehr nur das persönliche Verhältniß der verschiedenen hier in Betracht kommenden Subjecte zu einander ins Auge faßt. Dem Verstorbenen gegenüber verfahre der lebende Occupant nicht widerrechtlich, da der Wille des Ersteren stets in seinem Vermögen durch den Tod vernichtet sei; zu dem berufenen Erben stehe er in gar keinem Verhältniß, weil er seinen Erwerb nicht von ihm, sondern von dem Verstorbenen ableite.[13]) Gegen die erste Hälfte dieses Satzes wird sich gewiß kein Widerspruch erheben. Anders steht es mit der zweiten. Schon der Umstand, daß durch die Ersitzung das Recht des Erben auf den Nachlaß zerstört wird, stellt unseres Erachtens eine Beziehung zwischen dem Letzteren und dem Usucapienten her. Aber auch abgesehen davon, wie wird es, wenn der Erbe antrat, ohne Besitz zu ergreifen und so die vielleicht erst nachher begonnene Usucapion vollendet wird? Hier muß denn doch wirklich der Ersitzende sein Recht vom Erben ableiten, dem ja die Erbschaft durch den Erbantritt zugefallen ist. Denn auf ein leeres, subjectives Wähnen kann hier offenbar Nichts ankommen. — Derselbe Umstand steht nicht minder der Theorie v. Scheurl's entgegen. Die Herrenlosigkeit hört unbestreitbar

---

11) Beitr. Bd. I, Nr. 2, p. 94 ff.

12) Ebenda p. 98 ff. Gewiß war die usucapio pro herede nicht bloß um eines so äußerlichen Grundes Willen geschaffen. Dem steht schon Gai. II §. 55 entgegen „quare . . . usucapio concessa sit". Man ließ ihr also nur freien Lauf. Das treibende Element liegt mithin nicht in der Willkür der Leute.

13) A. a. O. p. 165.

mit der Adition auf; die usucapio pro herede wird erst durch die Besitznahme ausgeschlossen. Denn was v. Scheurl von der Ausdehnung der Herrenlosigkeit bis zu dem Augenblicke sagt, wo der Erbe die Erbschaftssachen an sich nimmt[14]), ist den ausdrücklichsten Worten des Gaius[15]) zuwider, und auch der voluntarius heres kann erst dadurch die Möglichkeit der Usucapion aufheben, daß er sich factisch der Erbschaft bemächtigt[16]). Hierzu kommt endlich noch das Zeugniß des Gaius, wonach das Verhalten des pro herede usucapiens geradezu als ein mit der bona fides nicht übereinstimmendes characterisirt wird. Die Stelle, welche wir hier im Auge haben, ist die allbekannte

> Inst. II, §. 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Wenn Gaius hier die Usucapion eine „improba" nennt, so drückt er damit zunächst auf die unzweideutigste Weise ihre Unvereinbarkeit mit dem Rechtsgefühle seiner Zeit aus und zwar gerade in Bezug auf die persönliche Redlichkeit des Usucapienten, worauf er schon in den Anfangsworten des §. 53 hingewiesen hatte.

> Rursus[17]) ex contrario accidit, ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat.

Allein der Jurist beschränkt diese Aeußerung nicht auf die Gegenwart. Er stellt die genannte Ersitzung auch im Geiste des früheren Rechtslebens als unbillig dar, indem er den Vorfahren keinen besseren Grund für deren Geltung als die Rücksicht auf die Beschleunigung der Erbantretung unterzulegen weiß. Es ist deshalb die ausschließliche Beziehung dieses Satzes auf die spätere

---

14) Siehe den Schlußsatz des Citates zu Note 19.

15) Inst. II, §. 9. Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. III, §. 201. Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est — velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem necessarius heres esset.

16) Gai. II, §. 52. Fast nämlich scheint es, als ob v. Scheurl den voluntarius heres durch den Antritt gegen die usucapio gesichert halte.

17) Dieß „rursus" weist nämlich zurück auf §. 45, wo es heißt: „Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat —

Form der usucapio pro herede, wodurch, wie es scheint, v. Scheurl[17a]) die Beweiskraft der Stelle zu beseitigen sucht, nicht zu billigen. Denn gewiß konnte Gaius der wesentlichen Verschiedenheiten, die zwischen jener und seiner Zeit in der Natur des Rechtsinstitutes bestanden, nicht vergessen, da er ihrer ja nur so eben erwähnt hatte. Was er also von den veteres sagt, kann er nur mit Rücksicht auf das damals geltende Recht gesagt haben. — Doch wir müssen uns vor Allem noch über den Inhalt dieses Zeugnisses näher verständigen. Es enthält zwei Momente, wie dieß schon oben angedeutet ist: das Urtheil über die objective und über die subjective Rechtlichkeit der in Rede stehenden Ersitzungsart. Dem ersteren können wir allerdings nur eine bedingte Autorität zugestehen, die, daß Gaius im Sinne seines Jahrhunderts Recht hat. Nicht so dem andern. Die Redlichkeit des Erwerbenden hängt keineswegs von der juristischen Betrachtung eines Institutes ab; sie ergiebt sich unmittelbar aus der Gesammtanschauung der die Erwerbung begleitenden und tragenden Lebensverhältnisse. Wie es sich damit ehemals verhalten habe, darüber mußte unser Autor vollständig unterrichtet sein. Ihm zeigte das „ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat" sonst wie jetzt eine Seite, welche es ihm mit Treu und Glauben nicht verträglich erscheinen ließ. — Auch wird auf die etwaige Absicht, in welcher der Occupant sich des Nachlasses bemächtigt, weiter gar kein Gewicht gelegt[18]); ein Beweis, daß diese auf die Beurtheilung des ganzen Rechtsgebildes höchstens einen untergeordneten Einfluß äußerte; das Wissen um die fremde Angehörigkeit der Erbschaft ist es allein, was Gaius berücksichtigen zu müssen glaubte. Darin findet er schon an sich das „improbum" begründet, dessen Aufhebung durch die besondere Gestaltung des Falles daher stets nur etwas Zufälliges und Unwesentliches sein kann. Auch meine man nicht, daß der Schriftsteller hier, wie es vielleicht Manchen bei flüchtigem Hinblick dünken mag, sich lediglich daran hält, wissentliche Usucapion fremden Eigenthums sei ein Unrecht, daß er mit dieser Formel, ohne auf die concrete Lage der Dinge zu achten, aus denen sie erst ihren wahren Inhalt entlehnt, wie mit einer unbekannten Größe weiter gerechnet habe, und so wohl auch zu einem nur halb richtigen Resultat gelangt sei. Das war

17a) A. a. O. p. 51.
18) Wie dieß von Huschke geschieht a. a. O. p. 204, 205.

überhaupt die Art der Alten nicht. Insbesondere aber darf man Gaius hier diesen Vorwurf nicht machen. Nur über die usucapio pro herede spricht er sein Verdammungsurtheil aus; die Usureceptionen, von denen es denn doch im §. 59 heißt: adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit," erfahren diesen Tadel nicht. Er macht also einen Unterschied zwischen ihnen, der bei der gleichen juristischen Construction einzig einen materiellen Grund haben kann. Warum sollen wir also der Darstellung unseres Gewährmannes mißtrauen, so lange uns noch irgend eine andere Möglichkeit für die Erklärung der lucrativen Usucapionen übrig bleibt?

Ganz offen gesteht nun auch v. Scheurl zu, daß unsere Usucapion, seit sie nicht mehr auf die ipsae hereditates, sondern auf die einzelnen Erbschaftssachen bezogen wurde, eine unbillige war. Er läßt sich über diesen Punkt folgendermaßen aus[19]: „Nach ihr" — der späteren Bedeutung der usucapio pro herede — „war sie nur noch eine Usucapion anstatt des Erben, die eine innerliche Berechtigung bloß noch darin hatte, daß darin ein Antrieb für den berufenen Erben lag, ut maturius hereditatem adiret. (Gai. II §. 55.) In der Wirkung für den Usucapienten war sie bloß Eigenthumserwerb, für den berufenen Erben, wenn er doch noch antrat, ebenso bloß Eigenthumsverlust, übrigens für den Ersteren nicht zur Vertretung der Erbschaftsschulden verpflichtend, mithin entschieden lucrativ. Nur die Macht der Gewohnheit konnte jetzt noch bei dieser in der That nunmehr auch subjectiv unrechtmäßigen usucapio die Geltung bloß einjähriger Ersitzung unbeweglicher Erbschaftssachen aufrecht erhalten und verhindern, auf die Besitzergreifung beweglicher Erbschaftssachen zu diesem Zweck den Begriff des furtum anzuwenden (Gai. III, §. 201), wozu als Anhaltspunkt die angedeutete Nützlichkeit derselben und die Vorstellung dienen konnte, daß res hereditariae, ehe der voluntarius heres angetreten, oder ein necessarius sie in Besitz genommen habe, res nullius seien." — Was v. Scheurl veranlaßt, einen solchen Unterschied zu machen, das Vorhandensein des guten Glaubens im einen Falle zuzugestehen, im anderen dagegen zu leugnen, ist der Umstand, daß er auf der einen Seite auf die Huschkesche Darstellung eingeht, wonach die Occupation einer fremden familia, um als deren Erbe aufzutreten, ein mit der

---

19) A. a. O. p. 51.

bona fides vereinbarer Act sein soll, auf der anderen aber in den einzelnen Erbschaftssachen diese familia nicht wieder zu finden vermag. Er scheint darauf zu zielen, wenn er bei Gelegenheit der usureceptio fiduciae von „gewissen unhaltbaren Nebenvorstellungen“[20]) Huschkes spricht. In Wahrheit ist aber die Annahme einer Ersitzung der familia, soweit sie in den einzelnen Erbschaftssachen ist, die Grundlage der von Huschke versuchten Erklärung. In der That geräth nun auch v. Scheurl durch diese Unterscheidung von Neuem mit Gaius in Widerspruch, welcher offenbar die usucapio hereditatis und die usucapio rerum hereditariarum völlig auf eine Linie stellt. Er ist ferner genöthigt, die Beibehaltung der einjährigen Ersitzung von unbeweglichen Erbschaftssachen für ein Ding gedankenloser Gewohnheit zu erklären. Ja, man darf endlich wohl fragen, ob denn hier wirklich noch die Usucapion zum Erwerbe der Nachlaßgegenstände überall erforderlich gewesen sei, da diese doch als res nullius gelten sollen? Die Antwort nämlich, welche Huschke auf diese Frage giebt, die hereditas könne als res mancipi durch einen natürlichen Erwerbsact, wie die Occupation ein solcher ist, in das Quiritische Eigenthum des Occupanten nicht übergehen[21]), diese Antwort trifft bei v. Scheurl nicht mehr vollständig zu. Die Usucapion derjenigen Erbschaftsobjecte, welche res nec mancipi sind, wird dadurch noch nicht als nothwendig nachgewiesen.

Gehen wir endlich zu dem über, was Huschke zur Rechtfertigung der Usucapion auch in ihrer Richtung auf die singulae res beibringt, so treffen wir wiederum den bereits oben besprochenen Gedanken bei ihm an. Ihrer inneren Natur nach, sagt er[22]), bedürfe die Usucapion der bona fides nicht, „denn sie ist nicht wie die auf singulären Titeln beruhenden Usucapionen gegen eine als berechtigt vorhandene und darum auch anzuerkennende lebendige Person, aus deren Vermögen man erwerben will, sondern gegen den Verstorbenen, der als solcher aufgehört hat, berechtigt zu sein, und da der Besitzer als pro herede possidens eben dessen Stelle einnimmt, wesentlich gegen diesen selbst gerichtet. Allerdings

---

20) Ebendas. p. 38.

21) Huschke a. a. O. p. 166. Puchta Inst. Bd. II, p. 622—624. Zum Theil gerichtet gegen Bluntschli's Deductionen in dessen „Juristische Bemerkungen No. I.“ (In Sell's Jahrb. Th. I, Braunschweig 1841, p. 309 ff.) Vgl. auch Ihering's Abhandl. Leipz. 1844, p. 164—166.

22) A. a. O. p. 201.

hat die Usucapion die Folge, daß dem heres die Sache entzogen wird, aber da der Usucapient seinen Besitz als einen gerechten nicht von ihm ableitet, sondern ihn vom Verstorbenen her in sich selbst als einen gerechten hat, so ist auch seine fides gegen den heres gleichgültig." — Und an einer andern Stelle[23]) heißt es dann weiter: „Was aber objectiv der pro herede usucapio unter allen diesen Entwickelungen stets ihre Freiheit von dem Erforderniß der bona fides erhielt, war die Eigenthümlichkeit derselben, daß man durch sie nicht eigentlich aus einem fremden Vermögen, sondern als Repräsentant des Verstorbenen eine vacante Sache erwarb, nicht zu einer dritten anzuerkennenden Person, sondern vermöge der Einheit mit dem Verstorbenen nur zu sich selbst in einem Verhältniß stand; und dieses hat Gaius nicht, wie sich's gebührte, hervorgehoben." —

Gegen diese Darstellung müssen wir zunächst die Einwendungen wiederholen, welche bereits oben von uns angedeutet sind. Wenn wir nämlich auch zugestehen, daß es sich hier allerdings zuvörderst darum handle, einen Erwerb aus dem Vermögen des Verstorbenen zu machen, so geht die hieraus sich ergebende Berechtigung des Occupanten doch nicht darüber hinaus, daß der Verstorbene ihm seinerseits nicht mehr im Wege steht, und daß er auf einen freien Platz getreten ist, den nicht jeder beliebige Dritte von ihm in Anspruch zu nehmen ein Recht hat. Damit ist aber doch noch nicht gesagt, daß Niemand einen solchen Anspruch erheben dürfe. Vielmehr liegt, sobald man daneben einmal zugiebt, daß die Nachlaßgegenstände nicht in der Weise res nullius seien, wie derelinquirte Sachen[24]) oder die Sachen der freien Natur[25]), daß die Usucapion darum nöthig sei, den einmal noch bestehenden Rechtsnexus zu zerstören — so liegt darin schon ausgesprochen, daß die Ersitzung nicht bloß ihrem Erfolge, sondern ihrer eigensten inneren Natur nach gegen denjenigen wirksam werde, zu dem die Erbschaft in derartigem Rechtsverbande steht, d. h. gegen den Erben. Darnach scheint uns denn auch das Verlangen des guten Glaubens gegen ihn nicht so ohne Weiteres zurückgewiesen werden zu können. — Für völlig unrichtig halten wir es ferner, wenn Huschke meint, die dergestalt usucapirte Erbschaftssache

23) Ebend. p. 208, 209. Vgl. Studien d. Röm. Rechts, Breslau 1830, p. 237, Note 67.

24) L. 36 D. de stip. serv. 45, 3.

25) Huschke Zeitschr. a. a. O. p. 165.

werde doch nicht eigentlich aus dem Vermögen des Erblassers herausgenommen, der Usucapient werde m. a. W. Universalnachfolger des Todten[26]). Nicht bloß, daß man bei der Art und Weise, wie Gaius sich über den Gegensatz der usucapio ipsarum hereditatum und rerum hereditariarum ausspricht, unwillkürlich an den von Universal- und Singular-Erwerb denken wird, daß es dann im §. 97 ausdrücklich heißt „hactenus tantisper admonisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur" — man könnte die Erwähnung der usucapio pro herede immer noch als eine nur gelegentlich gemachte Abschweifung ansehen[27]) — in wie viel höherem Maße scheint uns das entscheidend, daß der Erwerb einer einzelnen Sache und der Begriff der Universalsuccession zwei mit einander unverträgliche Dinge sind. Denn was die von Huschke[28]) angezogene Analogie des heres ex re certa betrifft, so dürfen wir uns desfalls wohl auf die Untersuchungen Neuners[29]) berufen, in denen mit großer Augenscheinlichkeit dargethan wird, daß die Nachfolge des genannten Erben in die ihm zugewendete einzelne Sache nicht per universitatem geschehe, sondern durch Annahme eines stillschweigenden Präfideikommisses vermittelt werde. Die behauptete Vermögenseinheit zwischen dem Erblasser und Occupanten möchte mithin auch untauglich sein, es genügend zu erklären, warum man über den Mangel der bona fides hier hinwegsah, oder genauer ausgedrückt, weshalb man sie hier für entbehrlich hielt. — Waren endlich die Verhältnisse wirklich der Art, daß man dem Erwerber seine Unredlichkeit nicht vorwerfen konnte, wie kommt es, daß Gaius dieß dennoch thut? Daß auch Scävola[30]) zur Begründung des

---

26) Daß Huschke hier in der That an eine Universalsuccession denkt, geht namentlich aus dem a. a. O. p. 166 Gesagten hervor, wo sich auch geradezu die Worte „per universitatem" gebraucht finden. Vgl. noch über den Begriff der familia Studien. p. 247.

27) So wird auch schon im §. 35 des Universalerwerbs der hereditas durch in jure cessio gedacht.

28) A. a. O. p. 154. Auf die Parallele mit dem Erwerb dessen, dem eine schon angetretene Erbschaft in jure cedirt wird, ist wohl von Huschke selbst weniger Gewicht gelegt worden, da er (Studien a. a. O. Note 67*) bei Ulp. XIX, §. 14 emendirt „quasi ei singulae in jure cessae essent," auch nur mehr beiläufig darauf aufmerksam macht.

29) Die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. Siehe namentlich p. 93, 94, 104 ff.

30) L. 1 §. 15 D. si is qui test. lib. 47. 4. Man darf sich auch dadurch nicht täuschen lassen, daß in dem Paragraphen der Satz an die Spitze gestellt wird „possessionis furtum fieri" und erst daraus die bekannte Fol-

Satzes „hereditati furtum non fieri“ einzig auf das Fehlen der possessio aufmerksam macht, während doch die bewußte Widerrechtlichkeit nicht minder zum Thatbestande des Diebstahls gehört? Scheint es also nicht, als ob indirect anerkannt werde, der Entwender befinde sich in mala fide? — Sind wir nun gleich aus diesen und den schon oben entwickelten Gründen außer Stande, der eben in Rede stehenden Auffassung der usucapio pro herede vollständig beizupflichten, so können wir andererseits doch nicht umhin, ihr einzuräumen, daß sie unendlich viel mehr wahre Elemente in sich schließt, als irgend ein anderer der zur Deutung dieser Ersitzung unternommenen Versuche. —

Huschke ist der Einzige, welcher es hervorhebt, daß dieselbe eine Successionsart ist. Er hat darin sicherlich Recht; sie ist dieß nicht bloß in ihrer Richtung auf die ipsae hereditates — darüber konnte wohl niemals ein ernstlicher Zweifel erhoben werden — sondern sie ist es auch geblieben, nachdem sie bereits begonnen hatte, sich auf die res hereditariae zu erstrecken, ohne weiter das Erbrecht selbst zu berühren. Allein sie wurde damit, und hierin weichen wir von Huschke ab, aus einer Universal- zur Singular-Succession. —

Die Usucapion ist ein originärer Erwerb, indem sie ganz abgesehen von dem Rechte des früheren Eigenthümers dem Besitzer die Proprietät verschafft. Nur seiner eigenen Auctorität, der factischen Geltendmachung seines Herrschaftswillens hat dieser, wie wir dieß oben sahen, die Erlangung seines Rechtes zu danken. Es ist daher mindestens ein schiefer und zweideutiger Ausdruck, wenn Manche, wie u. A. auch noch Thibaut[31]), von einer usucapio translativa sprechen. Nicht um die Uebertragung desselben Rechtes, welches der Dominus hatte, sondern um die frische Entstehung eines gleichen Rechtes handelt es sich hier. Die Identität eines Rechtes beruht stets auf der Identität seines ersten Entstehungsgrundes, so daß, wenn es wirklich eine usucapio translativa gäbe, immer der Erwerb durch den Vorbesitzer die Voraussetzung für die Usucapion des Nachfolgers sein

---

gerung für die Erbschaft gezogen ist. Ulpian wenigstens geht direct darauf aus, die Unmöglichkeit eines Diebstahls an Erbschaftssachen nachzuweisen. Vgl. übrigens noch L. 4 §§. 23, 24. D. h. t. 41, 3.

31) Ueber Besitz und Verjährung. Jena 1838 p. 67 §. 4. — Vgl. allenfalls L. 33 D. d. m. c. don. 39, 6. Um Nichts besser ist es, wenn Andere, wie z. B. Hameaux a. a. O. p. 198 von einer Usucapion des „Eigenthums“ im Gegensatz zu anderen dinglichen Rechten sprechen. —

würde; eine offenbare Unrichtigkeit. — Ganz anders steht es in dieser Hinsicht mit einem hinterlassenen Vermögen. Durch den Tod seines Inhabers ist es nunmehr vacant geworden; das Recht daran, und ebenso die Rechte an den einzelnen Nachlaßsachen[32]) liegen jetzt der Bemächtigung Dritter offen, während sie bis dahin an die Persönlichkeit des Lebenden geknüpft, ihre Existenz nur in der engsten Verbindung mit diesem selbst gehabt hatten. Bei diesem Mangel aller sachlichen Eigenschaften konnte denn auch von einer Occupation derselben bei Lebzeiten ihres Subjectes nicht die Rede sein. Sofern nun diese nach dem Tode des Berechtigten zugelassen wurde, führte sie mittelst der Ersitzung zur Succession. Das Recht des Verstorbenen, nicht bloß dessen Sachen fielen dem Usucapienten zu. Die Existenz von jenem bildet also die unerläßliche Vorbedingung für das Recht des Occupanten; d. h. eben, der Letztere folgt dem Todten darin nach. Eine andere Frage ist es freilich, ob und in wie weit, nachdem durch die Trennung des Vermögens von der Person die Rechte dergestalt gegenständlich geworden waren, jetzt auch von der factischen Seite her eine solche Beschlagnahme erfolgen konnte. Darüber haben in der That die

---

32) Sie müssen fortdauern, sonst könnten sie ja nicht in ununterbrochener Folge auf den Erben gelangen. Wir können uns wegen dieser Auffassung wohl vorläufig auf unsere genannte Dissertation berufen. Allerdings ist die dort aufgestellte Ansicht neuerdings von Windscheid (Münchener kritische Ueberschau herausgeg. v. Arndt's, Bluntschli u. s. w. Bd. I, Heft 2, p. 181 ff.) angegriffen worden, obgleich er auf der andern Seite zugesteht, daß dieselbe der seinigen am nächsten stehe. Ich glaube, der Unterschied zwischen uns beiden ist noch bedeutend geringer, als Windscheid selbst denkt. Er scheint mir wesentlich nur darin zu bestehen, daß ich, um mich so auszudrücken, die spirituelle Seite der Erbschaft stärker betone, als dieß vielleicht von Windscheid geschieht. Mir ist das Vermögen nämlich nicht die Summe der einzelnen Erbschaftsobjecte, sondern etwas darüber stehendes, eine **universitas**, das **universum jus, quod defunctus habuit**, wie es in den Quellen heißt, oder „die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers" wie Renner a. a. O. p. 5 dasselbe treffend nennt. Was Windscheid die Uebereinstimmung minder groß erscheinen ließ, als sie es in der That ist, war wohl zum Theil der Umstand, daß ich die übliche Terminologie beibehalten habe, und zwar aus dem Grunde, weil ich glaubte, daß Puchta mit dem Ausdrucke „vermögensrechtliche Persönlichkeit" keinen andern als den hier angegebenen Begriff bezeichnen wolle. Wie weit ich darin Recht habe, kann ich hier dahin gestellt sein lassen. Ich hoffe, nächster Zeit an einem andern Orte meine Anschauung noch etwas präciser, als in der genanten Abhandlung auseinander setzen zu können, und dann im Wesentlichen auch Windscheid's Beistimmung zu erlangen. Nur gegen ein Mißverständniß muß ich schon hier den entschiedensten Protest erheben. Windscheid giebt mir a. a. O. p. 205 Schuld, die Zurückbeziehung der Erbantretung auf die Erbberechtigung als solche zu beschränken. Ich sage p. 41 a. E. p. 42 mit den ausdrücklichsten Worten das gerade Gegentheil, verstehe aber unter dieser Zurückbeziehung etwas durchaus Anderes als Ihering und v. Scheurl. **A mortis tempore succedere** heißt nur „in ununterbrochener Folge das Recht des Erblassers überkommen." Mehr wollte unseres Erachtens auch Puchta nicht behaupten.

Ansichten der Römer gewechselt. Hatte man ehemals demjenigen, der sich der corpora hereditaria bemächtigte, auf diesen Umstand hin die Usucapion der hereditas selbst zugestanden, so ging man später davon ab und beschränkte diese Ersitzung auf das Recht an den einzelnen Erbschaftsgegenständen. Auf das Recht an ihnen, sagen wir, nicht bloß auf ihre todte Masse. Denn gerade das Recht an ihnen war ja vacant. Das ist der Grund dafür, daß man auch jetzt noch die einjährige Dauer der usucapio pro herede durchweg beibehielt; und umgekehrt liegt in dieser Thatsache wieder der beste Beweis für die Richtigkeit unserer Behauptung, daß durch diese Ersitzung keineswegs lediglich die leblose Materie der einzelnen Nachlaßobjecte erworben wurde. Zwar redet unser Gewährsmann Gaius hier nur von einer usucapio rerum hereditariarum; allein dieß wird kaum auffallen, da das Recht an den Sachen ausschließlich in ihnen zu usucapiren ist; es läßt sich nicht anders als mit ihnen selbst in Beschlag nehmen. Ganz ähnlich heißt es denn auch von der hereditatis petitio, sie sei auf die res hereditariae gerichtet[33]), obwohl durch sie zunächst die Anerkennung des Erbrechts und erst folgeweise die Herausgabe der einzelnen Bestandtheile der Erbschaft gefordert wird. Allerdings mißt Huschke[34]) der uns von Gaius berichteten Umwandlung der usucapio pro herede eine wesentlich andere Bedeutung bei. Man habe, meint er, jene frühere Anschauung aufgegeben, weil die hereditas doch nicht eigentlich besessen, und folglich auch nicht habe ersessen werden können. War also mit anderen Worten die Unkörperlichkeit der hereditas die Ursache für die Veränderung der usucapio pro herede, so würde man eben so wenig mehr von der Ersitzung des Rechts an den Erbschaftssachen haben sprechen dürfen. Allein Huschke selbst mildert die volle Strenge dieses Gedankens, indem er dann in den unmittelbar folgenden Zeilen zugiebt, es sei möglich, die einzelnen Erbschaftssachen zu usucapiren, „insofern in ihnen die Erbschaft ist." Und das bedeutet doch in Bezug auf den eben vorliegenden Punkt nicht viel weniger, als nach unserer Auffassung geschehen soll. In der That möchte aber auch die Erkenntniß von der Unhaltbarkeit der usucapio hereditatis sich nicht sowohl darauf gründen, daß man einsah, eine res incorporalis könne nicht ersessen werden,

---

33) L. 9 C. de pet. hered. III, 31. Vgl. Arndts Beiträge, Bonn 1837, p. 21, Note 29.

34) Studien p. 237.

als auf die Unterscheidung des „universum“ von dem „omne jus defuncti,“ die Unterscheidung des Erbrechts von den einzelnen erbschaftlichen Rechten. Nur der Erwerb der letzteren entspricht dem Besitze der einzelnen Erbschaftssachen, die ja niemals als Gesammtheit besessen werden können[35]). Zudem finden sich auch sonst noch Fälle der Usucapion von unkörperlichen Dingen in und mit den Sachen, an denen sie haften. Sie alle hätten unter dieser Voraussetzung consequenter Weise mit der usucapio hereditatum gleichzeitig verschwinden müssen. So die usucapio servitutum praediorum urbanorum, welche dann freilich durch die Lex Scribonia[36]) aufgehoben wurde, und die immer in Uebung gebliebene usucapio der libertas servitutum bei städtischen Grundstücken. Auch hier wird mittelst der Materie der Sache das in ihr verkörperte Recht ersessen mit dem einzigen Unterschiede, daß das letztere kein subjectives ist, sondern selbst erst den Inhalt der Berechtigung des Servituteninhabers ausmacht. Mit dieser Anschauung stimmt es ferner sehr wohl überein, daß es bei der usucapio pro herede keinen Putativtitel giebt. Das Eigenthum eines Lebenden kann niemals anstatt des Erben ersessen werden, möge man nun den wahren Eigenthümer irrthümlich für verstorben, oder den Verstorbenen fälschlich für den Eigenthümer der occupirten Sache halten. Es ist dieß im Einzelnen von Huschke[37]) näher nachgewiesen worden, gegen dessen Darstellung wir nur ein Einziges in Erinnerung bringen möchten. Wir glauben nämlich, daß der Tod des Berechtigten eine nothwendige Voraussetzung für die Möglichkeit der usucapio pro herede ist, indem erst damit das Recht sich zu objectiver Existenz von der Person seines bisherigen Trägers loswindet, während Huschke[38]) im ersteren Falle das Ableben des pater familias nur für die objective Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der jene begründenden Occupation erklärt. Es ist nun aber gerade die Eigenthümlichkeit des Putativtitels, daß er unter Umständen über die objective Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Occupation hinweghilft; es bedarf daher besonderer Gründe, weshalb eine solche Nachhülfe hier nicht zulässig ist.

Enthält sonach die usucapio pro herede eine Succession in

---

35) L. 30 §. 2 D. h. t. 41, 3.

36) L. 4 §. 29 D. eod. Vgl. Hameaux a. a. O. p. 14. Note 18.

37) Zeitschr. a. a. O. p. 167 ff. 182 ff.

38) A. a. O. p. 167. In gleicher Weise wie Huschke ziehen wir dann die weiteren Folgerungen in Betreff der sui u. necessarii heredes aus unserem Satze.

das Vermögen des Erblassers, jedoch seit ihrer neueren Form nach den oben entwickelten Gründen nicht in sein Vermögen als Ganzes, sondern in einzelne Bestandtheile desselben, weswegen allerdings der Name nicht mehr ganz zur Sache paßt, so darf natürlich auch aus dem Begriffe der Universalsuccession die Rechtfertigung dieses Erwerbes nicht hergeleitet werden. Wir haben uns mithin nunmehr die Frage zu beantworten, wie es komme, daß unerachtet des bei dem Usucapienten mangelnden guten Glaubens, dessen Fehlen, wie nachgewiesen, auch die Quellen anerkennen, dennoch die Ersitzung ungehindert vor sich geht? Wäre es denn also wirklich richtig, was Stintzing behauptet, die bona fides sei ehemals bei der Usucapion überall durchaus gleichgültig gewesen? Gewiß nicht. Eben der Bericht des Gaius, durch den wir überhaupt unsere Kunde von diesem Rechtsinstitute erhalten haben, sagt uns mit voller Bestimmtheit das Gegentheil; der Jurist erklärt es für etwas Auffallendes, daß die Vorfahren das Bestehen desselben geduldet hätten. Unmöglich kann es daher mit den allgemeinen Regeln jener Zeit für alle Ersitzung im Einklange gestanden haben. Wir suchen die innere Begründung der usucapio pro herede anderwärts. Es ist oben von uns verlangt, und daraus überhaupt das Erforderniß des guten Glaubens gerechtfertigt worden, der subjective Herrschaftswille dürfe nicht schon in seiner äußeren Erscheinung sich als widerrechtlich darstellen, der Ersitzende sich nicht im bewußten Gegensatze mit dem Rechte befinden, wenn dieses nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen solle. Weiter unten werden wir sehen, daß man in Bezug auf das Verhältniß gegen Dritte unter dem Ausdrucke „Recht" nicht sowohl die Rechtsvorschrift, das Gesetz, zu verstehen habe, als das subjective Recht und das subjective Interesse dessen, dem die fragliche Sache bis dahin unterworfen war. — Ein solches ist nun allerdings vorhanden; der berufene Erbe hat ein Recht auf den Nachlaß, ein jus succedendi, er hat auch ein Interesse an diesem Recht. Zwar ist dasselbe nicht gerade das Eigenthum, allein eben so gut, als die bona fides bereits dadurch begründet wird, — und wir haben ein Beispiel dafür schon oben[39]) kennen gelernt — daß man weiß, man habe ein von dem Eigenthum allerdings noch unterschiedenes Recht erworben, eben so gut muß auch das Bewußtsein, von der Zuständigkeit eines solchen Rechtes an Andere

39) Oben p. 46, 47.

die bona fides ausschließen. — Wenn somit auf der einen Seite der Occupant gegen ein in Wahrheit vorhandenes Recht des Delaten verstößt, so ist auf der anderen doch nicht zu übersehen, daß dieß jus succedendi seiner eigenen Natur nach nur ein vorübergehendes sein soll[40]), daß es nur in der Herbeiführung einer definitiven Gestaltung der durch den Tod des Erblassers erledigten Rechtsverhältnisse seinen Endzweck findet, und dazu dem Berufenen die Möglichkeit eröffnet. Insofern es nun aber dergestalt bloß eine Möglichkeit gewährt, bleibt daneben immer noch die Möglichkeit des Gegentheils fortbestehen. Ob die eine oder die andere eintritt, wird sich nach dem Interesse des Berechtigten entscheiden; zum Recht wird aso die ihm gebotene Möglichkeit eigentlich denn doch nur in so weit, als er sich für den Erbantritt bestimmen läßt. So belehrt uns erst der Erfolg über die wahre Bedeutung des ganzen Verhältnisses; er zeigt uns, ob der Erbe ein wirkliches Interesse an seiner Berufung hatte, ob er dieselbe auch als sein Recht anerkannte, oder ob das Alles eine leere Vermuthung, höchstens ein ungewisser Schein und Täuschung war. Für uns aber handelt es sich nun gerade darum, ob zu der Zeit, wo die Besitzergreifung erfolgte, der Occupant die Ueberzeugung haben mußte, ein fremdes Recht zu verletzen. Diese kann ihm einzig dadurch verschafft werden, daß das letztere sich auch äußerlich bekundet. Sofern dieß nicht der Fall ist, kann man begreiflicher Weise von einer mala fides des Usucapienten nicht sprechen; wenigstens fehlte es an aller objectiven Grundlage für die Beurtheilung seiner inneren Redlichkeit. Daß sich später einmal die wahre Sachlage herausstellt, kann auf das reine Factum des guten oder bösen Glaubens weiter keinen rückwirkenden Einfluß üben. Dieß erkennt das Römische Recht selbst noch nach dem sogenannten S. C. Juventianum an[41]), welches die usucapio pro herede ipso jure nichtsdestoweniger dem wahren Erben gegenüber zuläßt, sie aber rückwärts vernichtet[42]), ähnlich wie die nachmaligen Thatum-

40) Es ist deshalb denn doch nicht so ganz eine bloße Rücksicht der Nützlichkeit, wenn Gaius sagt, die usucap. pr. hered. habe man geduldet, quod volucrunt veteres maturius hereditates adiri, sondern es liegt auch ein juristischer Gedanke dahinter, der freilich durch die fernere Ausführung des Gaius wieder verwischt wird.

41) Gai. II, §. 58. Vgl. Huschke a. a. O. p. 167, Note 26, p. 214 ff. Ueber die frühere Auffassung des §. 58 s. Arndts Rhein. Mus. Bd. II, p. 134, Note 14.

42) Aber auch dieß bloß in Bezug auf den Erben und das ökonomische Behalten mit Schonung der juristischen Form. Es ließen sich von diesem Ge-

stände rückwärts erkennen lassen, daß schon damals Recht und Interesse des Delaten vorhanden war und verletzt wurde. — Wir treffen demnach hier eine Anwendung des bereits oben[43]) von uns aufgestellten Satzes, wonach einzig die Besitzergreifung und die sie unmittelbar begleitenden Thatsachen geeignet sind, als Ausgangspunkte für einen Schluß auf die subjective Rechtmäßigkeit der Ersitzung zu dienen. Wie diese Regel dort zum Nachtheile des Usucapienten Platz griff, so muß sie ihm hier wieder zu Gute kommen. — Es fragt sich nunmehr, welches Factum als genügende Manifestation für das Interesse des Erben zu betrachten sei. Man wird dabei zunächst an den Erbantritt denken. Dennoch ist dieser an sich nicht hinreichend. Indem er seine materielle Bedeutung nur darin hat, daß er den Uebergang der einzelnen erbschaftlichen Rechte bewirkt, entbehrt er der inneren Wahrheit, wenn der Erbe sich nicht auch zugleich des Nachlasses annimmt, wenn er nicht von diesem Besitz ergreift[43a]). Dadurch löst sich einfach der Widerspruch, der anscheinend darin liegt, daß ein durch den Erbantritt schon an den Erben gelangtes Recht thatsächlich dennoch als vacant gilt. Dieser selbst vernichtet durch seine unthätige Gleichgültigkeit factisch die juristische Bedeutung seines Erwerbes, macht diesen aber doch nicht ungeschehen, so daß wir mit vollem Fug oben sagen durften, der Usucapient könne in diesem Falle sein Recht nur vom Erben ableiten. — Fassen wir mithin in wenig Worten das Resultat unserer Untersuchung über die usucapio pro herede zusammen, so werden wie dieß dahin angeben, die Ersitzung wurde zugelassen, weil der Usucapient doch

sichtspunkte aus manche interessante Streiflichter auf das Recht des S. C. Juv. werfen. Indessen beherrscht er dasselbe nicht, wie schon die Revocation der usucapio, auch wenn der Usucapient in bona fide war, dieß beweist.

43) Oben p. 46, 47.

43a) Vgl. Gießener Zeitschrift, N. F., Bd. XI, p. 402, Note 16. — Wie diese Verhältnisse sich gestalten, wenn ein Repräsentant den Besitz der Erbschaftssachen hat, darüber s. ebenda p. 451—453. Nur Eines ist hier zum näheren Verständnisse noch zu bemerken. Wir haben dort die Unzulässigkeit der usucapio pro herede an einer Sache, welche bei dem Ableben des Verstorbenen in den Händen eines Stellvertreters sich befindet, daraus erklärt, daß dieser nicht nur in eigenem, sondern auch im Interesse der Erbschaft detinire (Note 119). Den eigentlichen Grund haben wir nun nicht darin zu suchen, daß man überhaupt der Erbschaft ein Interesse zuschrieb, durch welches dieß allerdings eine von der Person des Erben unabhängige Existenz erhielt, allein immer nur eine von jeder Individualität gelöste, sondern in der Verknüpfung desselben mit einer lebendigen Persönlichkeit, wo dann das erbschaftliche Interesse mittelbar zugleich das eigene ist, ohne jedoch in letzterem vollständig aufzugehen, so daß es sein gesondertes Dasein hat, und selbst von dem Repräsentanten nicht ohne Weiteres vernichtet werden kann.

in so fern nicht im bösen Glauben war, als der Erbe bis dahin noch Nichts gethan hatte, was sein Interesse an der ihm zugefallenen Erbschaft oder den erbschaftlichen Rechten darlegte; von der andern Seite war er aber dennoch wiederum in bösem Glauben, indem er wissen mußte, daß der Erbe noch jeden Augenblick sein Recht an sich zu ziehen im Stande war, und dieser letzte Umstand rechtfertigt es, wenn man später der Usucapion dem Erben gegenüber keine volle Wirkung einräumte.

2) Die Usureceptionen. Während wir von der usucapio pro herede behaupten mußten, daß bei ihr der Usucapient nur sehr bedingter Weise in bona fide sei, wobei wir allerdings von dem Verhältnisse abgesehen haben, in welches sie späterhin zu der prätorischen bonorum possessio trat, eben weil sie mit dieser ursprünglich in gar keinem Zusammenhange stand: so gilt dieß durchaus nicht gleichergestalt auch von den Usureceptionen. Die Unbilligkeit, welche man, so weit nicht besondere Umstände maßgebend wurden, also ihrer eigentlichen Natur nach, der ersteren vorzuwerfen berechtigt war, trifft die letzteren oder doch diejenige von ihnen, von der wir zunächst zu handeln haben, die usureceptio fiduciae nur ausnahmsweise. Daß auch Gaius in dieser Hinsicht einen wesentlichen Unterschied mache, daß die Bezeichnung als „improba" unmittelbar nur auf die usucapio pro herede sich erstrecke, das ist schon im Vorhergehenden bemerkt worden. Betrachten wir nämlich vorerst den Fall, wo die fiducia mit einem Freunde abgeschlossen wurde, oder bei der fiducia pignoris causa contracta die Summe schon zurückgezahlt ist, für welche die Sache haften sollte, so liegt es ziemlich auf der Hand, warum hier überall die Usureception zuläßig erschien. Durch die fiduciae causa vollzogene Mancipation ging, wie v. Scheurl[44]) sich treffend ausdrückt, der hingegebene Gegenstand zwar aus dem Eigenthume des Gebers in das des Empfängers, nicht aber auch aus dem Vermögen des Einen in das des Andern über. Das Recht des Letzteren war bloß ein formales Eigen. Damit ist nun, und dieß ist von besonderer Wichtigkeit, noch nicht gesagt, daß es auch ein bloß formales Recht gewesen sei, welches der Fiduciant also erhielt. Vielmehr hatte es für den Gläubiger in der That seinen sehr reellen Inhalt, verlor diesen aber mit getilgter Pfandschuld. Hiernach machte denn der Rückerwerber unter

44) A. a. O. p. 39. Vermuthet hatte es übrigens schon H. A. Zachariae Comment. de fiducia. Gothae, 1830. p. 27, 30. Vgl. Gai. II, §. 220.

den gedachten Umständen einen materiellen Gewinn nicht; er war in Wahrheit vollständig in bona fide. — Ja noch mehr, es erklärt sich eben hieraus, wie auch Rudorff[45]) darauf aufmerksam macht, die einjährige Dauer der Usucapionszeit. Es wurde ebenso wie bei der usucapio pro herede nicht der fundus selbst, es wurde nur das formelle Recht daran ersessen. Soweit stimmen wir denn auch mit Huschke überein, welcher hier gleichfalls nicht das Grundstück als solches, sondern sofern es die familia enthält, usucapirt werden läßt. Eine andere Frage ist es indessen, welcher Art dieses Recht sei. Wenn Huschke auch in ihm die familia erblickt, so müssen wir abermals dasselbe wiederholen, was schon von der usucapio pro herede gesagt ist. Eine Universalsuccession[46]) liegt auch in diesem Erwerbe nicht, — es geht ja doch nur ein einzelnes Recht über — wohl aber eine Singularsuccession in das formelle Eigenthum des Fiducianten. Dieser succedirt so sich selbst, und dieß ist es eben, was den Begriff der Usureception ausmacht. Sie ist ein Rückerwerb des früheren Rechtes. Schon der Ausdruck „Rückerwerb, usu-re-ceptio" sagt es uns, daß wir hier an eine Succession zu denken haben. Denn wenn auch der Ersitzende ohne zu succediren dasselbe Recht erlangt, was er früher hatte, so erhält er es dadurch doch nicht zurück, sondern aus einem selbständigen Grunde von Neuem. Es wäre das ein Wiedererwerb, kein Rückerwerb. — Hat hierbei nun die Usucapion ihre eigenste Natur, Selbstgewähr zu sein, verloren? Schon die Analogie der usucapio pro herede wird es genugsam erkennen lassen, daß es nur die Eigenthümlichkeit des Objectes ist, welches hier die Succession vermittelt. Der Mancipant bekommt dasselbe formelle Eigenthum, welches er von seiner reellen Proprietät losgelöst hat, in der Ersitzung wieder. Die Nachfolge in

---

45) In der vierten Ausgabe von Puchta's Institutionen, Bd. II, p. 661 §. 239, Note ii. Bereits Zachariae hatte daran gedacht, diesen Gedanken dann aber selbst wieder verworfen, weil die Römer das Pfandrecht nirgends zu den „res incorporales" rechneten. Er meint schließlich mit der Annahme einer Begünstigung der Usureception auszukommen, die ihm nicht minder zur Erklärung des Umstandes dienen muß, daß der Schuldner an der dem Gläubiger entwendeten Fiducia kein Furtum begehe. S. a. a. O. p. 31, 32. Jener selbstgemachte Einwand widerlegt sich schon, sobald man sich erinnert, daß Fiducia und Pfandrecht zwei durchaus verschiedene Dinge sind. Vgl. unten Note 70.

46) Vgl. über die Huschkesche Ansicht in Betreff dieses Punktes namentlich a. a. O. p. 248, wo es heißt: „so erwarb der Fiduciar zwar vollkommenes Eigenthum an ihr, aber nicht an ihr als einzelner Sache, oder kraft eines Singulartitels, sondern insofern die universitas bonorum in ihr lag, oder kraft eines universellen Titels".

das Recht, welches so zum Objecte derselben wird, bildet aber eben den Begriff der Succession, während sonst, wo die Usucapion nur die Sache ihrer Substanz nach erfaßt, natürlich jede Anknüpfung an das Recht des Vorgängers fortfällt. — Hierbei zeigt sich denn selbst noch eine weitere Besonderheit der Usureception; sie bewirkt nicht einmal die relative Entstehung des Rechts. Darin steht ihr dann die usucapio hereditatis am nächsten. Bei dieser wird wenigstens der Zusammenhang des ganzen Vermögens nicht gestört. Zwar tritt in dasselbe eine neue Persönlichkeit ein, allein die gesammten einzelnen Bestandtheile der Erbschaft gehen in gleicher Weise auf sie über, so daß, obgleich dadurch unläugbar die verschiedenen Rechte zu relativ anderen werden, dennoch der ursprüngliche Bestand des Nachlasses derselbe bleibt. Von der usucapio rerum hereditariarum gilt selbst das nicht. Hier wird ähnlich wie durch ein Legat die Erbschaft vermindert, der Usucapient bereichert. Sie nimmt somit den untersten Platz auf dieser Stufenleiter ein. — Dafür nun, daß es sich bei der Fiducia überhaupt und folglich auch bei der usureceptio fiduciae nicht um die einzelnen Sachen als solche, sondern um das persönliche Recht daran handelt, dafür, glauben wir, erbringt die Mancipation sämmtlicher zur fiducia hingegebenen Gegenstände, allerdings den von Huschke angetretenen Beweis. Was von v. Scheurl dagegen hervorgehoben wird[47]), daß eine res nec mancipi doch niemals durch bloße Tradition fiduciirt werden konnte, ist an sich zwar richtig, läßt aber die Hauptsache unerörtert bei Seite liegen. Es erhellt nämlich daraus noch keineswegs, wie es kam, daß auch res nec mancipi hier der Mancipation fähig wurden[48]). Dafür liefert nun unsere Auffassung nicht minder wie die Huschke's den Schlüssel und erhält durch diese Erklärung selbst wieder eine Stütze. Hier läßt sich demnach wieder eine weitere Parallele mit der usucapio pro herede ziehen. Wie dort der Tod, so löst hier die Mancipation das Recht von der Person ab, objectivirt es gleichsam und macht dadurch eine sächliche Aneignung desselben, wie es die Usucapion ist, möglich. Allein ein Bedenken bleibt dabei immer noch übrig. Im ersteren Falle wird die Trennung des Rechts von der Person durch ein Naturereigniß bewirkt, welches zuvörderst keine andere Folge hat, als die, daß das persön-

47) A. a. O. p. 38, 39.
48) Vgl. Puchta Institut. Bd. II, §. 238, p. 644—646.

liche Recht fortan als erledigt erscheint. Hier dagegen tritt jene Scheidung nur ein, um das Recht des Fiducianten ohne Aufenthalt an den mancipio accipiens gelangen zu lassen; es hat also doch wieder in seiner Objectivirung keine Dauer. Richtig ist es nun zwar, daß sich sofort für das abgesonderte Recht ein anderes Subject findet. Jedoch der ganzen Natur des eingegangenen Rechtsgeschäftes gemäß soll dieß Recht zu dem Fiducianten wieder zurückkehren. Darauf geht ja der Character aller fiducia überhaupt hinaus, und deshalb ist hier denn auch fortdauernd die Usucapion dieses Rechtes zulässig.

Soweit wären wir ohne erhebliche Schwierigkeiten vorgeschritten. Mehr Mühe macht es nun aber die Billigung der Usureception gegen den noch unbefriedigten Gläubiger zu erklären. Den Weg, welchen Huschke hier eingeschlagen hat, den Begriff der familia zum Nachweis der bona fides des Usurecipienten zu benutzen, können wir augenscheinlich nicht verfolgen, da unserer Meinung nach die familia überhaupt nicht das Object dieser Ersitzung ist. Auch die Art, in welcher v. Scheurl[49]) eine Aushülfe sucht, das Pfandrecht sei kein Vermögensbestandtheil neben der persönlichen Forderung; so lange diese fortbestehe, werde durch dessen Aufhebung das Vermögen des Gläubigers nicht vermindert, das des Schuldners nicht vermehrt, dieser mache also in der Usureception keinen materiellen Gewinn, — auch dieser Versuch hat die Wahrheit nicht auf seiner Seite. Wenn wir gleich die juristische Voraussetzung zugeben, welche v. Scheurl hier stillschweigend macht, sind wir doch selbst oben von ihr ausgegangen, daß da, wo die Usucapion kein lucrum gewährt, auch die bona fides des Erwerbers nicht gefordert werden könne, so halten wir doch die Sache selbst für unrichtig. Jedes besondere Vermögensrecht hat auch seinen besonderen Vermögenswerth, so natürlich auch das Pfandrecht. Wenn nun zwar das letztere bloß dazu bestimmt ist, für den nominellen Werth der Forderung einzustehen, so ist schon damit gesagt, daß dieser und der reelle Werth eben nicht zusammen zu fallen brauchen. Das Pfandrecht soll die Differenz zwischen beiden ausgleichen[50]) und wird daher mit dieser in seinem wirk-

---

49) A. a. O. p. 40, 41.

50) Dieß ist die Bestimmung desselben; ob es dazu genügt, ist eine andere Frage, und so tritt als neuer Factor für dessen Werthbestimmung noch der Werth der Pfandsache selbst hinzu. Davon konnten wir hier aber füglich absehen.

lichen Inhalte fortwährend wechseln. Indessen ist dieß Schwanken regelmäßig von keiner weiteren Bedeutung für den Gläubiger, da er mit der Realisirung seines Anspruchs und Pfandrechtes von vorn herein auf einen bestimmten Zeitpunkt verwiesen war, in welchem sich der Werth des letzteren erst endgültig feststellt; bis dahin bleibt er ungewiß. Daher darf denn da, wo es sich um ein arithmetisches Verhältniß des einen Vermögens zum andern handelt, wie in der Lehre von den Schenkungen, das Aufgeben eines Pfandrechtes nicht als Vermehrung oder Verminderung in Betracht gezogen werden; wo man aber von einer solchen Vergleichung absieht, ist auch ein unbestimmter, wandelbarer Werth als Vermögensverlust oder Gewinn in Rechnung zu bringen und um deswillen der gute Glaube des Ersitzenden zu verlangen[51]). Mit vollem Rechte nennt daher Gaius diese Usureception eine „lucrativa" (II, §. 60) und stellt es als etwas Bemerkenswerthes dar, daß die zur Fiducia hingegebene Sache ohne furtum occupirt und usucapirt werden könne (III, §. 201). Ja, v. Scheurl selbst führt es an, daß man später die Entwendung des Faustpfandes aus den Händen des Gläubigers durch den Schuldner für einen Diebstahl gehalten habe, um nachzuweisen, weshalb Gaius in dem Rechte der Usureception eine Singularität erblickte, bleibt uns aber jegliche Auskunft darüber schuldig, warum man denn nicht endlich auch hier der besseren Einsicht gefolgt sei. Höchstens wäre hier wieder die Berufung auf die leidige, alte Gewohnheit übrig. Zudem würde es sich immer noch fragen, worauf eigentlich der Ausschluß des Diebstahls in unserem Falle beruhe, ob auf dem Mangel eines Gewinnes für den Usucapienten, oder etwa auf dem Umstande, daß man das furtum possessionis jener Zeit noch nicht kannte[52]), daß man m. a. W. nicht jeden Gewinn als dem Begriffe dieses Delictes entsprechend betrachtete. Bei letzterer Annahme, welcher die Quellen wenigstens nicht entgegenstehen, wäre aus der Unmöglichkeit des furtum für das Erforderniß der bona fides noch gar Nichts zu schließen.

Aber auch in anderer Beziehung reicht die Auffassung

---

51) Der wesentliche Unterschied zwischen dem Pfandrechte und dem Rechte aus der Delation einer Erbschaft ist hierbei nicht zu übersehen. Im letzteren Falle fragt es sich, ob der Berufene dieß überhaupt als sein Recht ansehe; das Pfand hat er sich ja aber selbst bestellen lassen.

52) Vgl. Heffter Criminalrecht. Halle, 1848. §. 489, Note 5b, p. 424. Dollmann Die Entwendung. Kempten, 1834. p. 28, 29, u. A. m.

v. Scheurl's nicht aus. Es wird uns ausdrücklich von gewissen Fällen Nachricht gegeben, in welchen eine Usureception nicht zulässig ist. Dann nämlich, wenn die Fiducia pignoris jure mit dem Gläubiger eingegangen und das Pfandobject von ihm dem Schuldner bitt= oder miethweise überlassen ist. Hier findet vor Rückzahlung der Pfandschuld keine Usureception Statt. Freilich giebt uns Gaius nicht auch zugleich den Grund für diese Thatsache an. Huschke[53]) sucht ihn in der Regel: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest", vermöge deren der Fiduciant seinen ohne animus domini begonnenen Besitz nicht willkürlich abändern könne. Darüber haben wir uns bereits an einem andern Orte ausgesprochen[54]). Der Repräsentant kann unseres Erachtens unbedenklich seine Detention in juristischen Besitz verwandeln, ohne dazu einer besondern objectiven Rechtfertigung zu bedürfen. Sein bloßer klar ausgesprochener Wille reicht dafür vollkommen hin. — Scheurl beruft sich auf das Fehlen des animus possidendi bei dem Precaristen oder Miether, welche vermöge des von ihnen eingegangenen Verhältnisses nur als Vertreter fremden Besitzes fungirten. Wie aber, wenn sie nun im eigenen Namen den Besitz von Neuem ergreifen? Nach v. Scheurl's Auslegung des §. 60 würde uns Gaius darauf keine Antwort ertheilen. Der Sinn seiner Worte wäre nur der, daß vor Rückerstattung des Geldes an den Gläubiger Precarium und Miethe ein Hinderniß für die Usureception abgeben, während nach getilgter Pfandschuld und bei der mit dem Freunde abgeschlossene Fiducia dem Rückerwerbe der Sache überhaupt Nichts im Wege stehe, eben weil derartige Geschäfte, wie die genannten, alsdann völlig ohne Bestand sein würden. Dieß scheint uns nicht ganz richtig. Betrachten wir nämlich den Zusammenhang mit §. 59, so zeigt sich bald, daß an unserer Stelle einzig die nähere Ausführung des dort Gesagten gegeben werden soll, und daß diese, wie schon der Gegensatz hinlänglich darthut, in den das Folgende zu dem Vorangegangenen durch das den Paragraphen beginnende „sed" gestellt ist, in einer Modification der mitgetheilten Regel besteht. Die allgemeinen Voraussetzungen des §. 59 müssen daher auch dem §. 60 zu Grunde liegen. Dazu gehört nun jedenfalls der Besitz; — „si eandem ipse possederit, potest usucapere" sagt

53) A. a. O. p. 256.

54) Zeitschr. für Civ. R. u. Proc. N. F. Bd. XI, p. 433 ff.

Gaius — Worte, deren Bedeutung im Uebrigen zwar zweifelhaft sein kann[55]), die aber jedenfalls die Bedingung des Besitzes bei dem Debitor enthalten. Mithin muß die Unstatthaftigkeit der Usureception hier noch einen andern Grund als bloß den Mangel des Besitzes haben. Darauf scheint auch schon der Ausdruck „competit" hinzuweisen, der wohl mehr von der rechtlichen Zuständigkeit, als von der factischen Möglichkeit zu verstehen sein dürfte[56]). Noch schlagender erhärten dieß die Anfangsworte des §. 60. Scheurl selbst giebt den darin niedergelegten Gedanken durch folgende Umschreibung wieder. „Hier kann überhaupt nichts vorkommen, was die Usureception hinderte." Stillschweigend wird dabei denn doch gerade der Mangel des Besitzes ausgenommen. Welcher logische Zusammenhang wäre also darin zu finden, wenn die in der zweiten Hälfte hervorgehobene ausdrückliche Beschränkung (omni modo — ita demum) eben keine andere wäre, als die im Eingange selbstverständlich gemachte? — Demnach möchte denn doch wohl nicht bloß das Fehlen des animus possidendi, sondern daneben, oder vielmehr hauptsächlich noch irgend ein anderer Umstand den Ausschluß der Usureception bedingen. Stintzing[57]) nennt als solchen, und wie wir glauben, nicht mit Unrecht, die Furtivität der wider das eingegangene Repräsentationsverhältniß in Besitz genommenen Fiducia, wobei eben nur die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen würden. Erste Voraussetzung dabei ist freilich, daß in der Aneignung der Pfandsache von Seiten des Schuldners ein lucrum für diesen anerkannt wird, was indessen nach dem Obigen wohl keinem ernstlichen Bedenken mehr unterliegt. — Einige Unterstützung erhält die Annahme eines furtum unter solchen Umständen außerdem noch durch §. 201 des dritten Buches der Gaianischen Institutionen, wo der Verfasser die Usureception der Fiducia als Beispiel dafür anführt, daß möglicher Weise eine fremde Sache ohne Diebstahl besessen und usucapirt werden könne. Indem er dabei noch besonders auf das im vorhergehenden Commentare Vorgetragene zurückweist, hat es fast den Anschein, als ob hier die Regeln für die Beurtheilung der Frage nach der Verübung eines Diebstahls am Pfandobjecte mit angegeben seien. Jedoch könnte man diese

---

55) A. a. O. p. 43.
56) Vgl. Dirksen Manuale s. v. competere. §. 2.
57) A. a. O. p. 18.

Bezugnahme auch bloß dahin verstehen, daß in den Fällen der Zulässigkeit einer Ersitzung natürlich auch kein furtum vorliege, ohne daß dieß umgekehrt nun überall da anzunehmen wäre, wo die Usucapion unstatthaft ist. Jedenfalls, mag man die Beweiskraft des §. 201 anerkennen oder nicht, mag man hier selbst die Begehung eines Delictes völlig in Abrede stellen, soviel ergiebt die angestellte Untersuchung, die volle, genügende Erklärung für alle einzelnen Erscheinungen der Usureception und insonderheit für deren Unstatthaftigkeit nach dem Abschlusse eines Miethsvertrages oder Precarium suchen wir bei v. Scheurl vergebens. — Aber auch Stintzing läßt uns darüber zum Theil noch im Dunkeln. Ein Diebstahl ist doch nur an beweglichen Sachen möglich; daß unter den Begriff des furtum früherhin auch die Aneignung von Grundstücken gefallen sei, dafür legen unsere Quellen [58]) nur ein sehr bedingtes Zeugniß ab. Sie stellen diese Ansicht keineswegs als die damals herrschende, sondern bloß als die einzelner Juristen dar, welche die gemeine Meinung gegen sich gehabt habe. Zu Gaius Zeit war sie nun längst veraltet. [59]) Man hätte deshalb die Usureception von Grundstücken, sobald sie nur nicht gewaltsam in Besitz genommen waren, wo nicht von Anfang an, so doch jetzt erlauben müssen, wenn sie in Folge der Miethe u. s. w. einzig in ihrer Eigenschaft als res furtivae der Ersitzung entzogen gewesen wären.

Wenn wir demnach zur Errichtung unseres eigenen Gebäudes übergehen, so müssen wir uns vor Allem der festen Anhaltspunkte erinnern, auf welche wir bei der bisherigen Erörterung bereits gestoßen sind. Wir sahen, daß wir es hier mit der Usucapion eines Rechtes zu thun haben, nicht anders, wie dieß auch bei der usucapio pro herede der Fall war; daß ferner die Objectivirung dieses Rechtes, ob es gleich sofort bei seiner Lösung von dem derzeitigen Inhaber auf ein neues Subject übertragen wird, dennoch aus dem Grunde von längerer Dauer ist, weil es selbst die Bestimmung hat, später wieder zu der Persönlichkeit zurückzukehren, von der es einst ausgegangen ist; daß diese Rückkehr eben den

58) Gai. Inst. II. §. 51. L. 38 D. de usurp. 41, 3. §. 7. J. de usuc. II, 6. Gellius Noct. Attic. Lib. XI, c. 19, §. 12, 13. Auch ob Sabinus wie Schrader Comm. in Inst. §. cit. p. 253 dieß annimmt, den Satz zu dem seinigen gemacht hat, ist doch noch sehr zweifelhaft. Vgl. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Lpzg. 1825. p. 169.

59) L. 38 D. de usurp. 41, 3.

Begriff der Usureception wesentlich mit bilden hilft, für ihn characteristisch ist. Natürlich aber hört die Möglichkeit dazu auch mit der Beendigung des ganzen Verhältnisses auf, welches die Trennung des subjectiven Rechtes von der Person herbeigeführt hat. So sagt auch Paullus:

> Recept. sent. Lib. II, tit. 13, §. 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emtio non videtur; et ideo quandoque lui potest; ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest.

Woraus also umgekehrt zu schließen ist, daß mit dem rechtmäßigen Verkaufe des Pfandobjects die causa fiduciae d. h. die rechtliche Eigenschaft der mancipirten Sache, Fiducia zu sein, wegfällt, und daß damit auch die Usureception, welche sich ja gerade auf diese fiduciarische Qualität des Pfandobjectes stützt, unstatthaft werden muß.[60]) — Die Usucapion setzt aber nicht allein die Existenz ihres Gegenstandes, sondern auch dessen factische Erledigung voraus, worüber natürlich nur factische Verhältnisse entscheiden können. Das heißt m. a. W. es wird auch hier Alles darauf ankommen, daß der Schuldner in den Besitz der Fiducia gelange, ganz so, wie wir dieß oben bei der usucapio pro herede fanden. Ist nun aber die Parallele mit der letzteren bis dahin zu verfolgen, daß wie dort die Besitzergreifung des Nachlasses durch den Erben aller Usucapion mit einem Schlage ein Ende macht, so auch hier angenommen werden muß, mit der Besitzergreifung der mancipirten Sache durch den Fiduciar sei jegliche Usureception ein für allemal beseitigt? — Die Frage läßt sich in dieser Fassung weder einfach bejahen noch verneinen. Wir müssen unterscheiden. Indem das persönliche Recht sich wieder mit einer Person vereinigt, verliert es seine Gegenständlichkeit, ist daher der Ersitzung nicht mehr unterworfen. Allein durch spätere Ereignisse kann es

---

60) Bachofen Pfandrecht. Th. I. Basel, 1847. p. 629 (vgl. p. 2, 3) findet in der citirten Stelle des Paullus nur späteres Recht wieder, welches sich durch „die Zurückführung der fiducia auf das Maß des pignus" gebildet hat. Ehemals habe die nicht rechtzeitige Zahlung der Schuld den Debitor um alle seine Ansprüche gebracht. Wir können das hier ganz dahin gestellt sein lassen. Uns liegt nur daran, zu zeigen, daß mit dem Ende des obligatorischen Bestandtheils der Fiducia, möge dieses nun wie auch immer herbeigeführt werden, zugleich die fiduciirte Sache — denn diese bezeichnet „fiducia" in der mitgetheilten Stelle des Paullus — ihrem eigenthümlichen Rechtsnexus enthoben wird, daß sie jetzt wie jede andere Sache auch in dem Vermögen ihres nominellen Herrn steht. Vgl. Zachariae l. l., p. 31 u. p. 23 sq.

doch wieder von seinem neuen Subjecte losgerissen werden. Die abstracte Möglichkeit davon beweist eben die Fiducia. Für eine solche abermalige Trennung muß indessen ein positiver Grund vorliegen. Diesen erkennt z. B. in Bezug auf die hereditas das Römische Recht in dem bloßen Privatwillen nicht an. Nur der Tod und die ihm juristisch gleich stehenden Capitis-Deminutionen besitzen die Kraft, ein ganzes Vermögen d. h. sein Vermögen von dem Verstorbenen oder sich in fremde Gewalt Begebenden zu scheiden. Die Erbschaften, welche derselbe etwa erworben hat, erhalten auch dadurch ihre alte Selbständigkeit nicht zurück. Insofern kann man sagen, mit der Besitznahme der Erbschaft gehe das Object der usucapio pro herede für immer unter. Anders betrachtet das prätorische Recht diese Verhältnisse. Dieß zeigt uns mehrfache Fälle, in denen eine Lossagung von der Erbschaft z. B. durch restitutio in integrum gestattet, ja sogar, wie bei dem beneficium abstinendi eine hereditas durch die Befreiung der Haussöhne von der väterlichen Verlassenschaft eigentlich erst hervorgebracht wird. Wenn nun auch diese Einwirkung des Prätors sich auf das jus civile selbst nicht erstreckt, sondern diesem gegenüber lediglich als factisches Eingreifen erscheint, so wird der Magistrat dabei dennoch von eigenthümlichen Rechtsgedanken geleitet. Kann er also die Thatsache des Erbantrittes nicht ungeschehen machen, und nimmt er dessen ungeachtet den Erben auf ihr Verlangen die Erbschaft wieder ab, so geht daraus mit Nothwendigkeit hervor, daß das jus honorarium und, dürfen wir wohl hinzufügen, die Römische Rechtsanschauung überhaupt in dem Aufgeben des einmal erworbenen Erbrechtes an sich keinen Widerspruch mit der ratio juris erblickte.[61]) — Analog werden wir dann auch hier zugeben müssen, daß die Abtrennung des Rechts aus der Fiducia von dem mancipio accipiens an sich wohl statthaft sei, ja daß das ganze Geschäft darauf und auf die Rückkehr dieses Rechts zum Fiducianten hinausgehe. Eine andere Frage ist es aber, ob schon die einfache Besitzergreifung des Letzteren zu diesem Resultate führen könne? Und dieß glauben wir verneinen zu müssen. Der Besitz als solcher erstreckt sich bloß auf die Materie der Sache, er läßt das persönliche Recht daran ganz unberührt, so daß dieß, sobald es einmal aufgenommen ist, in

---

61) Darnach ist denn auch das von uns in der Commentat. de III regg. jur. p. 53 Gesagte zu ergänzen.

Folge eines bloßen Besitzverlustes unmöglich schon wieder für erledigt gelten kann. Das Band zwischen Recht und Person bildet der Wille der letzteren, jenes zu haben. Nur mit ihm ist die Lösung jener Verbindung möglich, sei es nun, daß der Tod diesen Willen gänzlich vernichtet, sei es, daß er sich selbst theilweise d. h. in Bezug auf bestimmte einzelne Rechte aufhebt. Sind diese Sätze richtig, so würden wir aus ihnen zu folgendem Ergebniß gelangen: Die Usureception wird unmöglich, sobald der Fiduciar den Besitz an der mancipirten Sache erhalten hat; sie wird erst dadurch wieder statthaft, daß er sich seines Rechtes aus der Fiducia entäußern will, wobei wir es einstweilen noch ganz dahin gestellt lassen, ob eine solche Entäußerung nur zu Gunsten des Fiducianten zuläßig sei, oder ob sie mit allgemein gültiger Wirkung geschehen könne, wonach denn auch Dritten die Erwerbung dieses Rechtes, sei es durch Usucapion, sei es in irgend einer anderen Weise, würde offen stehen. Wir können das, wie gesagt, ganz auf sich beruhen lassen, indem es mit der uns zunächst interessirenden Untersuchung nur in entfernterem Zusammenhange steht. Sonst ist es freilich bald genug einzusehen, daß eine solche Occupation diese Bedeutung nicht haben kann. Der Fiducia liegt eine obligatorische Beziehung zu Grunde, in welche Niemand durch seinen einseitigen Willen sich einzudrängen vermag. — Wie verhalten sich nun aber unsere Quellen zu dieser Theorie?

Schon Stintzing[62]) hat behauptet, daß die beiden hierher gehörigen Paragraphen der Gaianischen Institutionen (Lib. II, §. 59; Lib. III, §. 201) die Usureception nur für den Fall gestatteten, wo der Schuldner im Besitz der fiduciirten Sache geblieben sei. Er ist deshalb von v. Scheurl[63]) nachdrücklich an-

62) A. a. O. p. 17, 18.

63) A. a. O. §. 7. Huschke a. a. O. p. 256 f. wirft der Gaianischen Darstellung ihren Mangel an Klarheit vor und läßt es auf sich beruhen, ob der Schriftsteller auch den Fall im Auge hat, wo der Schuldner sich erst den Besitz vom Gläubiger wieder verschafft hat. Entschieden unrichtig ist es aber, wenn Huschke in Folgendem (p. 256 ff.) die Frage aufwirft: „ob der Fiduciant, wenn er dem Gläubiger die Sache wegnahm, ein Furtum beging, und deshalb nicht usucapiren konnte," und darauf zur Antwort giebt, ein Diebstahl werde hier freilich verübt, das vitium rei aber sofort durch das reverti in potestatem domini purgirt; die Usureception sei deshalb zuläßig. Das stimmt mit den Worten des Gaius jedoch nicht überein. Er sagt, in der Occupation des Fiducianten liege überhaupt kein furtum — sine furto possidere et usucapere concessum est — darauf gründe sich dann die Möglichkeit der Usucapion. Wir würden demnach dem Juristen eine ungenaue Ausdrucksweise zur Last legen müssen. Unsere Auffassung führt uns sicher um diese Klippe her-

gegriffen worden, und wir müssen gestehen, daß die Gründe Stintzing's für seine Interpretation nicht gerade durchweg sehr stichhaltig erscheinen. Nichts desto weniger geben wir ihm in der Sache völlig Recht. Wir beginnen mit §. 59 des zweiten Buches:

> Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere. —

Folgen wir der Auffassung v. Scheurl's, so soll in dem „possederit" zweierlei zugleich liegen: „wenn er im Besitz geblieben ist" und: „wenn er ihn wieder erlangt hat". Daß dieß keine dem Wortlaute der Stelle entsprechende Uebersetzung ist, braucht nicht erst gesagt zu werden. Wie sollen wir also diesen Gedanken aus jenem Ausdrucke herauslesen? Wir können dieß ohne Zweifel nur in der Weise, daß wir auf den derzeitigen Besitz zurückgehen, in welchem beide Facta zusammenstimmen, und alles Uebrige als irrelevant unbeachtet bei Seite lassen. Das Perfectum possederit wäre mithin von possidēre abzuleiten. Hiernach sollte man indessen das Präsens erwarten, indem jenes Tempus den Abschluß in der Gegenwart bezeichnet, die Usucapion aber noch als fortdauernd dargestellt wird. Wozu also die Hinweisung auf die Vergangenheit, von der wir uns sagen mußten, sie sei hier durchaus gleichgültig? — Possederit könnte jedoch zweitens von possīdere gebildet sein, wobei man indessen noch keineswegs auf die Gleichzeitigkeit des Verkaufs und der Besitzergreifung schließen darf, wie Stintzing dieß thut, indem das Perfectum vermöge seiner angegebenen Bedeutung die verschiedenen darin ausgedrückten Thatsachen nur zum jetzigen Augenblicke, nicht unter einander in Relation stellt. Bei dieser letzteren Annahme würde es dann selbst nicht auffallen, daß der Besitzübergabe an den Fiduciar nicht erwähnt ist, denn damit eine Besitzergreifung möglich sei, muß natürlich eine Besitzentäußerung vorher Statt gefunden haben. Was aber diese Auslegung entschieden verwerflich macht, ist der Umstand, daß darnach Gaius gerade den Fall mit völligem Stillschweigen übergehen würde, in welchem nach Aller Ansicht die Zulässigkeit der Usureception am unzweifelhaftesten ist, wenn nämlich der Schuldner ohne Unterbrechung seinen bisherigen Be-

---

um. Wo keine neue Besitzergreifung Statt findet, fehlt es auch an dem Thatbestande des Diebstahls.

sitz fortgesetzt hat. — So bleibt uns denn Nichts übrig, als possederit in der ersteren der von v. Scheurl als möglich angegebenen Bedeutungen zu nehmen. Dieß wird auch noch durch folgende Nebengründe unterstützt. Erst so erhält das „ipse“ einen entsprechenden Sinn, indem es nun das Verbleiben der Sache bei dem Schuldner der zu erwartenden Uebergabe an die Gläubiger gegenüberstellt, während es sich übrigens ganz von selbst versteht, daß der Usurecipient in eigner Person, nicht ein Anderer an seiner Statt, den Besitz gehabt haben muß, um ersitzen zu können. Die besondere Betonung dieses Wortes ist mithin bei der gegnerischen Deutung der Stelle völlig müßig. Ferner rechtfertigt es sich auf diese Weise vollkommen, daß Gaius im §. 60 die Ausnahme „si neque conduxerit etc.“ hinzufügt, ohne eine etwaige spätere Besitzergreifung des Debitor irgend zu berücksichtigen, wenn schon die des Creditor, welche sich hier unter der Form eines constitutum possessorium verbirgt, dazu hinreicht, jede fernere Usureception auszuschließen. Natürlich ist das vorausgehende „omnino“ gleichfalls enger zu begrenzen. Die allgemeine Voraussetzung muß auch hier der ungestörte Fortgang des Besitzes sein.[64]) Somit wären wir denn durch eine genaue Exegese dieses Paragraphen zu demselben Resultate gelangt, welches die juristische Construction uns oben geliefert hatte. — Nur ein Punkt bedarf noch einer weiteren Erläuterung. Wir haben bereits zugegeben, daß die Rückersitzung auch in Folge einer Rückübertragung der Sache von Seiten des Fiduciars Statt haben müsse. Wie kommt es also, daß Gaius derselben nicht im Mindesten erwähnt? Allerdings will Stintzing[65]) den Begriff der Usureception so weit nicht ausdehnen. Zwar könne unter diesen Umständen eine Usucapion wohl vor sich gehen, sofern der Fiduciar die ihm übergebene res mancipi durch eine einfache Tradition an den Fiducianten zurückgelangen lasse, allein unter die Usureceptionen gehöre dieselbe nicht mehr, indem es für die letzteren characteristisch sei, „daß der Besitzer sciens rem alienam usucapit, und also sein Recht nicht von dem Rechte und Willen eines Anderen herleitet.“ Wenn es uns anders gelungen ist, die unterscheidenden Merkmale der Usureceptionen, oder genauer gesprochen, der usureceptio fidu-

64) Stintzing verkannte die Structur des vorliegenden Abschnittes vollständig, wenn er den §. 59 bloß von der Fortsetzung, das omnino des §. 60 aber auch von der Wiedererlangung des Besitzes versteht.

65) A. a. O. p. 21, Note 5.

ciae, von der bis dahin allein die Rede war, oben richtig darzulegen, so brauchen wir es wohl kaum noch besonders hervorzuheben, eine wie gründliche Verkennung ihres eigentlichen Wesens sich hierin ausspricht. Wird doch in unserem Falle nicht minder wie sonst das persönliche Recht des Fiducianten von diesem zurückerworben, so daß der Begriff der Usureception auch hier noch vollständig zutrifft. Deshalb liegt denn unseres Erachtens eine Inconsequenz darin, wenn v. Scheurl bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam macht, daß selbst alsdann noch von einer wissentlichen Usucapion einer fremden Sache gesprochen werden könne, indem es dem Besitzer ja vollständig bekannt sei, daß dieselbe wenigstens ex jure Quiritium ihm nicht zustehe. Einmal nämlich wäre damit stillschweigend eingeräumt, daß das scientem rem alienam lucrifacere dennoch ein charakteristisches Moment für die Usureceptionen abgebe, eine Ansicht, die v. Scheurl im Uebrigen gleichfalls nicht zu theilen scheint[66]), und die auch einer unbefangenen Würdigung des §. 60 gegenüber durchaus unhaltbar wird. In der unumwundensten Weise sagt Gaius dort, daß eine lucrativa usucapio einzig in der Usureception der Sache vom Gläubiger vor Erstattung des Kaufgeldes zu erblicken sei.

> —si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo conpetit, nondum vero soluta ita demum conpetit, si — —, quo casu lucrativa usucapio conpetit.

Zweitens aber hat, worauf v. Scheurl ausdrücklich hinweist, der Jurist an unserer Stelle unter der scientia rei alienae zunächst etwas ganz Anderes verstanden, so daß wir nicht berechtigt sind, wider seinen Willen die Ersitzung des nudum jus Quiritium noch mit unter diesen Ausdruck zu ziehen. Damit ist aber in der That nicht nur Nichts verloren, sondern die Behandlung des vorliegenden Stoffes von Seiten unseres Schriftstellers kommt sogar erst dann, wenn wir dieß anerkennen, zu ihrem vollen Rechte. Gaius bespricht die Usureceptionen nur in so weit, als sie unerachtet des Wissens um die fremde Angehörigkeit der Sache dennoch Platz greifen. Res aliena ist nun auch der fiduciae causa mancipirte

---

66) Um v. Scheurl nicht Unrecht zu thun, muß ich indeß bemerken, daß es mir nicht ganz klar geworden ist, ob er die Erwerbung des jus Quiritium hier als lucrifacere darstellen will, oder daraus bloß das scientem rem alienam usucapere zu erklären sucht. Im letzteren Falle würde darin das Kennzeichen der usureceptio angegeben sein. Dieß ist aber, wie die im Text folgende Ausführung ergeben wird, nicht minder falsch, als wenn man das lucrifacere für ein wesentliches Moment der Usureception ansieht.

Gegenstand, selbst dann, wenn er bloß dem Freunde übertragen wurde; nicht mehr die Sache, an welcher ein Dritter lediglich das nudum jus Quiritium hat. Der Grund dafür ist nicht weit zu suchen. Im ersteren Falle legt der Wille der Parteien der formellen Eigenthumsüberlassung offenbar eine bestimmte Function und Bedeutung bei, die, wenn sie auch ihre volle Wirkung zunächst nur gegen Dritte äußern soll, doch nicht so leer und inhaltslos ist als das nudum jus Quiritium, welches Tradent und Empfänger als durchaus nichtssagend betrachteten. Daß jedoch in dieser usucapio rei alienae keineswegs überall ein wirklicher Gewinn für den Ersitzenden enthalten sei, ist schon zur Genüge dargethan. Als engerer Begriff ordnet sich daher die lucrativa usucapio dem scientem rem alienam usurecipere unter; die usureceptio an sich geht auch darüber noch hinaus. Sie ist der Rückerwerb der fiduciirten Sache. So gut nun die gewöhnliche Usucapion selbst auf das nudum jus Quiritium sich erstreckt, so auch die Usureception; wo also vermöge der Retradition formell zwar das bonitarische, nicht aber das Quiritische Eigenthum an der mancipirten Sache dem Fiducianten zurückgewährt wird, muß auch die Usureception noch Anwendung finden. Eine usucapio rei alienae liegt jedoch aus den angeführten Gründen hier nicht mehr vor. Das Object der Ersitzung ist auch in Beziehung auf das subjective Recht wenigstens in der Form des jus gentium zu seinem alten Herrn zurückgekehrt. Darum konnte sich Gaius eines tieferen Eingehens auf diese Verhältnisse füglich überheben.

Der §. 201 des dritten Buches lautet nun folgender Maßen:

> Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri velut res hereditarias, quarum non prius nactus possessionem licet [67]) necessarius heres esset; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit. debitor quoque, qui fiduciam, quam creditori mancipaverit, aut in jure cesserit, detinet, ut superiore commentario retulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Durch diese Stelle, an welcher Stintzing „detinere“ durch „behalten“ übersetzen will, wofür er sich namentlich auf die gleiche Bedeutung des bei Gaius überhaupt nur zweimal vorkommen-

---

67) Licet nach Huschke's Conjectur a. a. O. p. 173.

den Wortes im §. 141 des zweiten Buches beruft, meint v. Scheurl, werde auf das Schlagendste der Beweis dafür erbracht, daß die Usureception auch dann Statt finde, wenn der Schuldner den Besitz an den Gläubiger übertragen und nachmals wieder erlangt habe. Gaius wolle nämlich offenbar Beispiele für die Occupation einer wissentlich fremden Sache anführen, durch welche dennoch kein Diebstahl begangen werde. Hierfür nenne er zuerst die usucapio pro herede, demnächst die usureceptio fiduciae. Bezeichne nun aber detinere nichts weiter als das bloße Zurückbehalten, so wäre das eine reine Absurdität. — Denn, so ist wohl dieser Gedanke zu ergänzen, das bloße Zurückbehalten ist eben keine Occupation; das Beispiel würde mithin ganz unpassend gewählt sein. — Gegen diese Argumentation ließe sich zuvörderst schon das einwenden, daß der Jurist, wie unmittelbar ein Blick auf die Satzverbindung zeigt, die usucapio pro herede als recht eigentlich hierher gehörig betrachtet, während der Usureception nur hinterher und in zweiter Linie beiläufig gedacht wird, so daß man bereits aus diesem Grunde kaum erwarten darf, in ihr eine durchgehende Bestätigung für den im Eingange aufgestellten Satz anzutreffen. Ein entscheidender Gegenbeweis gegen v. Scheurl's Interpretation des Schlußsatzes „debitor quoque" etc., wonach es sich hier um die Wiedererlangung des an den Gläubiger abgetretenen Besitzes handelt, scheint uns nun aber aus einer sorgfältigen Betrachtung des Wortlautes sich mit Nothwendigkeit zu ergeben. Zweifelhaft ist vor Allem wieder, ob possidēre oder possidĕre zu lesen sei. Nach v. Scheurl's Auslegung könnte man geneigt sein, das Erstere vorzuziehen, wo dann das „sine furto possidere et usucapere potest" genau dem „occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri" am Anfange entsprechen würde. Dieß läßt aber das vorangegangene „detinet" nicht zu, über dessen Authenticität wenigstens bisher Niemand ein Bedenken geäußert hat, indem da, wo der Besitz einmal vorhanden ist, derselbe unmöglich von Neuem ergriffen werden kann. Denn detinere auf den Repräsentationsbesitz zu beziehen, verbietet uns schon der §. 60 des zweiten Buches, wo wir belehrt werden, daß die Usureception gerade alsdann ausgeschlossen ist. Von der völlig unmotivirten und unzulässigen Beschränkung dieser Ersitzung auf den Fall eines vorhergehenden Repräsentationsverhältnisses, welche sonach unsere Stelle enthielte, wollen wir dabei noch ganz absehen. Es bleibt uns mithin nur die

zweite Möglichkeit übrig, wo Gaius dann ganz einfach sagt, daß der Schuldner, welcher die Fiducia inne hat, ohne Furtum besitzen könne. Wie kommt nun aber Gaius dazu, lauter Ausdrücke zu wählen, welche auf die Fortdauer des Besitzes gehen, da doch eben von der Occupation die Rede ist? Wie soll man es ferner erklären, daß dadurch die Verübung des Diebstahls als in die Fortsetzung des Besitzes fallend gedacht wird (sine furto possidere potest), obgleich von dem Satze, daß auch sie eine stetige sei[68]), durchaus keine Anwendung zu machen ist, wenn nicht gerade ausschließlich die Continuität des Besitzes Voraussetzung für die Usureception wäre? Wir gelangen also auch hier zu keinem anderen Resultate als oben. —

Indessen ist dasselbe doch noch nach verschiedenen Seiten hin mehr zu befestigen. Wir müssen einmal den Zusammenhang nachweisen, in welchen die usureceptio fiduciae mit dem Satze „rem alienam occupare concessum est, nec creditur furtum fieri" von Gaius gestellt ist. Denn wenn auch, wie wir oben bemerkten, die Ausdrucksweise des Juristen selbst es entnehmen läßt, daß die Occupation ohne Furtum hier nicht ganz in derselben Art wiederkehre, wie wir ihr bei der usucapio pro herede begegnen, so darf es doch nicht an aller Analogie dafür fehlen. Das ist nun auch in der That nicht der Fall. Scheurl geht nämlich bei seiner Kritik der Stintzing'schen Interpretation von der Voraussetzung aus, Occupation sei mit Besitznahme völlig gleichbedeutend. Das wird sich indessen schwerlich behaupten lassen. Vielmehr bezeichnet Occupation eine jede Bemächtigung[69]), die bei körperlichen Gegenständen freilich stets mit der Besitzergreifung verbunden sein wird, für diese aber denn doch nicht die technische Benennung ist. Hier haben wir es nun mit einem unkörperlichen Rechte zu thun, an welchem eine Occupation in der Gestalt der Besitznahme überhaupt nicht möglich ist, quia — wie es bei Paullus in L. 4, §. 27 D. h. t. 41. 3 heißt — nec possideri intelligitur jus incorporale. Eine Bemächtigung des persönlichen Rechtes dagegen, welches vermittelst der Mancipation objectiven Be-

68) Vgl. L. 50 pr. D. de furt. 47. 2. — quod si pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc, quum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse, verius est.

69) Vgl. L. 22, §. 1 D. de usu et hab. 7. 8. Licet tam angustus est legatarius — ut non possit occupare totius domus usum. S. auch noch die bei Dirksen Manuale s. v. occupare §. 1 A. angeführten Citate.

stand erhalten hat, liegt nun aber sogar in der bloßen Fortsetzung des bestehenden Verhältnisses, indem dieses als Eigenthumsbesitz nothwendiger Weise zugleich die Ausübung des Eigenthumsrechtes einschließt [70]). Eine zweite Frage erhebt sich ferner darnach, welche Veranlassung Gaius hatte, eine Besonderheit darin zu erblicken, daß kein Diebstahl in einer solchen Occupation begangen werde, wenn es an einer neuen Besitzergreifung dabei gänzlich fehlte? Auch darauf ist die Antwort nicht allzu fern zu suchen. Indem die Bemächtigung des Rechtes doch immer im Besitze der Sache selbst sich bekundete, war es, obgleich eine wirkliche Abweichung von den herrschenden Regeln dabei nicht eintritt, doch nicht unnöthig hervorzuheben, daß trotzdem der Thatbestand des Diebstahls hier nicht vorhanden sei. Sonach findet denn die Gaianische Darstellung ihre volle Rechtfertigung. Eine Besitzaneignung kann in den angegebenen Umständen allerdings nicht gefunden werden. Das sagen denn aber die Worte unseres Textes genau genommen in der That auch nicht. Es heißt einfach possidere et usucapere potest, nicht etwa eam oder rem possidere et u. p. In sofern ist der Ausdruck hier noch sorgfältiger abgemessen als im §. 59 cit., wo ohne Weiteres von der Usucapion einer aliena res geredet wird. Dagegen ist eine im Besitze der Sache durchgeführte Occupation nicht in Abrede zu stellen. Daher die Parallele mit der usucapio pro herede. Für einen beachtenswerthen Umstand halten wir es übrigens, daß Gaius im §. 201 cit. über die usureceptio ex praediatura das tiefste Stillschweigen bewahrt. Wir werden später nochmals darauf zurückkommen. —

Die seitherige Erörterung wird dargethan haben, daß die Beschränkung unserer Usureception auf den Fall des fortgesetzten Besitzes, sofern nicht der Gläubiger selbst ihn nach beendetem Vertragsverhältnisse zurückgiebt, sowohl durch juristische Gründe geboten, als auch in unseren positiven Quellen deutlich genug ausgesprochen ist. Wir sind aber bis dahin noch den Nachweis schuldig geblieben, weshalb man unter der eigentlich noch immer in Rede stehenden Voraussetzung, daß der Schuldner besitze, welcher die Pfandsumme noch nicht zurückgezahlt hat, von dem Erforderniß der bona fides so ganz absah und die Usureception ge-

70) Dieß änderte sich, seit das Pfandrecht nicht mehr in der Hülle des Eigenthums, sondern in selbständiger Form erschien.

stattete. Wir haben damit absichtlich so lange gewartet, indem wir vorerst über die Bedingungen uns verständigen mußten, unter denen die Rückersitzung Statt finden kann, ehe wir uns mit der Beantwortung der nunmehr vorliegenden Frage befassen durften. Die Erklärung dieser Ungewöhnlichkeit, daß auf den guten Glauben Nichts ankommt, wird uns jetzt auch nicht mehr schwer fallen. Wir finden sie einfach darin, daß der Besitz an sich als Eigenthumsbesitz in durchaus rechtlicher Art und Weise bei dem Debitor begonnen hat, daß es deshalb an jeder äußeren Darstellung des bösen Glaubens bei dem Ersitzenden gebricht. Wir räumen ein, dieß klingt im ersten Augenblick gar stark theoretisirend. Allein man vergegenwärtige sich nur die ganze Sachlage. Thut denn der Mancipant ein solches Unrecht daran, wenn er den thatsächlichen Zustand der Dinge, wie er nun einmal ist, ruhig fortbestehen läßt? Oder kann man überhaupt von demjenigen, der etwas zu leisten verpflichtet ist, verlangen, er solle nun auch selbst dafür Sorge tragen, daß der Berechtigte sich seines Rechtes annehme? Und dennoch enthält der Besitz eine unverkennbare Darlegung des Herrschaftswillens, muß also auch nothwendig zur Usucapion führen. Unrechtlich erscheint jedoch dieser Wille, um wieder auf die juristische Construction des Falles zurückzulenken, eben deshalb nicht, weil er einen tadellosen Anfang gehabt hat. Und es ist ja noch immer derselbe Wille, den der Besitzer früher hegte, er hat keinen neuen Entschluß gefaßt, keinen anderweitigen Willensact vorgenommen. Wohl aber zeigt es sich nun nachträglich, wenn der Gläubiger jetzt von seinem Pfandrechte Gebrauch machen will und der Schuldner dagegen die Usureception vorschützt, daß die bona fides denn doch nicht vollständig gewahrt ist[70a]. — Allein müßte hiernach nicht jede Mancipation, wenn keine Tradition auf sie folgt, dieselbe Möglichkeit zu einer Usureception eröffnen? Jedenfalls steht hier so viel von vorn herein fest, daß die einjährige Ersitzung für Immobilien alsdann nicht Raum finden kann, indem durch die gewöhnliche Mancipation die Sache selbst, nicht bloß das persönliche Recht daran auf den Erwerber übertragen wird. Dieß geht vielmehr durch die Veräußerung unter; nur insofern wirkt es noch fort, als aus demselben die Befugniß, über den Gegenstand zu

---

70a) Anders steht es bei der nur eine Einrede gewährenden longi temporis possessio. Vgl. Tit. Cod. si advers. cred. VII. 36.

verfügen, sich rechtfertigt, so daß die Frage nach seiner damaligen Existenz immer noch von Wichtigkeit bleibt. Im Uebrigen ist das Recht des mancipio accipiens ein neues, obwohl dem früheren völlig gleiches. Von der Usucapion eines Dinges, welches demnach gar nicht mehr vorhanden ist, kann mithin keine Rede sein. Soll nun aber auch von der zweijährigen Ersitzung keine Anwendung gemacht werden dürfen? Wir können, offen gestanden, keinen Grund dafür absehen, weswegen sie schon an sich unzulässig wäre. Eine lucrativa usucapio ist sie darum aber doch nicht. Vermöge des dem ganzen Geschäfte zu Grunde liegenden obligatorischen Verhältnisses, welches sich unter Umständen selbst unmittelbar in der Mancipation als nexum[71]) verkörpert, bleibt der Mancipant dem Mitcontrahenten zur Leistung verpflichtet, der eben durch die Eigenthumsübertragung Genüge geschehen sollte, oder für welche jene die justa causa bildete. Ganz anders verhält sich dieß bei der Fiducia. Hier verbirgt sich hinter dem Formalacte materiell ein pactum hypothecae, welches zwischen den Parteien noch keine Obligation constituirt[72]), von denjenigen obligatorischen Beziehungen natürlich abgesehen, die aus der Verpflichtung zur Rückgewähr zwischen den Contrahenten entspringen. Daher kann denn die usureceptio fiduciae dem Gläubiger definitiv sein Pfandrecht entziehen.

Der usureceptio ex praediatura[73]) wurde bisher noch gar nicht gedacht. Es ist nunmehr Zeit, daß wir uns auch ihr zuwenden. Gaius läßt sich also über sie vernehmen:

> Inst. Lib. II. §. 61. Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio: sed hoc casu praedium biennio usurecipitur et hoc est, quod vulgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi; nam qui mercatur a populo praediator appellatur.

In der obligatio praediorum, welche manceps und praes dem Staate gegenüber eingingen, liegt der Sache nach gleichfalls

---

71) Vgl. Huschke Recht des Nexum. Leipz. 1846, p. 36 ff.

72) S. Puchta Pandect. Lpz. 1848, §. 320. A. M. scheint Bachofen. Ausgew. Lehren. Bonn 1848, p. 116, Not. 134. — Was speciell die Fiducia anlangt, scheint uns schon der Umstand entscheidend, daß dabei das Zuwägen des Erzgeldes lediglich Form ist, während es in der Eigenthumsübertragung durch Zahlung des Kaufpreises ein materielles Complement erhält.

73) Vgl. Huschke Zeitschr. f. gesch. R. W. a. a. O. p. 267 ff. Bachofen Pfand. R. No. IX, p. 215 ff.

eine Verpfändung. Wir lassen es dabei ganz dahingestellt, welcher Art das Recht des Letzteren an jenen Grundstücken im Besonderen gewesen sei, worüber bekanntlich eine große Meinungsverschiedenheit besteht [74]), und nur das mag hier darüber bemerkt werden, daß die überwiegend staatsrechtliche Natur des ganzen Verhältnisses jeder gegen den Fiscus gerichteten Usureception im Wege stand. Daher ist denn der Verkauf der Sache die Voraussetzung der Usureception. Durch ihn nämlich ging dann, wie Rudorff [75]) dieß ausdrücklich bemerkt, der staatsrechtliche Pfandnerus vollständig unter, und das Grundstück wurde seiner Substanz nach auf den Prädiator übertragen [76]). Daher muß die Usureception hier zwei Jahre währen. Wenn Huschke [77]) sich deshalb auf den Mangel der lex fiduciae beruft, so ist dieß darum unzureichend, weil mit dem rechtmäßigen Verkaufe, wie wir dieß oben sahen, jedenfalls das ganze fiduciarische Verhältniß aufgelöst wird. — War nun aber der Staatsschuldner ungestört im Besitze geblieben — denn daß „possederit“ hier offenbar nichts Anderes bedeuten soll als im §. 59, bedarf wohl keiner weiteren Versicherung — so konnte nach der eben gegebenen Entwickelung, da es sich nunmehr um ein reines Privatrecht handelt, die Ersitzung nicht anders als vollständig zulässig erscheinen. Jedoch ist noch an einen Unterschied von der usureceptio fiduciae zu erinnern. Hier findet nicht einmal eine Bemächtigung Statt, wie wir sie dort an dem persönlichen Rechte des Fiducianten wahrnahmen. Ein solches wird bei der Prädiatur von der Person des Schuldners überhaupt nicht abgetrennt, oder ist wenigstens in der Veräußerung des Pfandobjects durch den Staat zu Grunde gegangen. Wir haben es also nur noch mit der Sache selbst zu thun, die von jeher in der Gewalt ihres Herrn war und geblieben ist. Als Beispiel erlaubter Occupation einer fremden Sache war die usureceptio ex praediatura daher gar nicht zu brauchen, so daß Gaius sich auf die usucapio pro herede beschränkt sah, der er höchstens noch die usureceptio fiduciae als Analogie zur Seite stellen konnte. Zugleich war die usureceptio ex praediatura, wie dieß der Schriftsteller selbst durch das einleitende

74) Vgl. Huschke a. a. O. p. 268, Not. 123.

75) An dem oben Not. 45 citirten Orte.

76) Gai. III, §. 80. Huschke Nexum p. 160, Not. 234. Bachofen p. 220, Not. 18.

77) A. a. O. p. 271.

item andeutet, bei dem Mangel jeder obligatorischen Beziehung zwischen Prädiator und Dominus[78]) eine lucrativa usucapio. — Bei dem Privatverkaufe eines eigentlichen Pfandes kann eine ähnliche Usureception nicht vorkommen. Zur Mancipation oder in jure cessio war der Hypothekargläubiger überhaupt nicht fähig, da er das Recht, welches er übertragen müßte, selbst gar nicht hat[79]). Er handelt, indem er veräußert, nur als Stellvertreter des Schuldners, obwohl nicht als sein Mandatar[80]). Die beiden genannten Solennitäten lassen nun aber keine Stellvertretung zu[81]). Es bleibt ihm also bloß der einfache Verkauf übrig. Hier kann erst die Tradition dem Käufer das Eigenthum verschaffen[82]). Die Usureception hört damit natürlich von selbst auf, indem der Schuldner alsdann ja seinen Besitz hat aufgeben müssen. Ist aber der Verkauf ohne Uebergabe geschlossen, so behält dieser nach wie vor sein Eigenthum, und daneben besteht das Pfandrecht unverändert fort[83]), so daß für die Usureception noch gar kein Platz frei ist. Einzig bei dem durch kaiserliches Rescript erfolgten Zuschlag ist eine der usureceptio ex praediatura analoge Ersitzung denkbar. Factisch wird sie aber kaum jemals Statt gefunden haben, indem hier regelmäßig der Pfandgläubiger im Besitze war, was denn auch L. 3 C. de jur. dom. imp. VIII, 34 als selbstverständlich voraussetzt. —

Blicken wir nun zurück auf die Ausbeute, welche die angestellte Untersuchung uns geliefert hat, so müssen wir freilich zugestehen, daß darnach das Princip der drei beregten Usucapionsarten, welche von Gaius in dem unserer Erörterung zu Grunde gelegten Abschnitte behandelt werden, so einfach nicht ist, als es

---

78) Vgl. Bachofen p. 583, 584, und wegen des Ausdrucks obligatio pignoris überhaupt p. 224 ff.

79) S. Huschke Studien p. 209. Bachofen p. 195, 196.

80) Gai. II, §. 64. — voluntate debitoris intelligitur pignus alienari. — L. 29 D. fam. erc. 10. 2. Vgl. Bachofen No. VII, p. 191 ff.

81) L. 123 D. de R. J. 50. 17. und dazu Dirksen Beitr. p. 221 ff.

82) S. Bachofen No. XVII, §. 6, p. 569 ff.

83) Um mit der gewöhnlichen Ansicht zu reden, welche Consolidation der Pfandrechte durch den Eigenthumserwerb von Seiten des Käufers annimmt. Vgl. dagegen Bachofen a. a. O. p. 571 ff. v. Vangerow Pand. Bd. I, §. 380, p. 980, 981. Wie dem aber auch sei, jedenfalls hat der Pfandschuldner selbst noch das Eigenthum, kann es also nicht usucapiren, und auch das Pfandrecht unterliegt ja der Ersitzung nicht. Eben deshalb ist es von Wichtigkeit, daß ein solcher Verkauf dasselbe nach der übereinstimmenden Meinung Aller nicht berührt.

sich nach der Huschke'schen Auffassung herausstellen würde. An mehrfacher Uebereinstimmung fehlt es aber auch hier nicht. Usucapio pro herede und usureceptio fiduciae treffen darin zusammen, daß beide Successionen sind, indem bei ihnen das subjective Recht an der Sache vom Usucapienten erworben wird. Nicht so die usureceptio ex praediatura. Sie ist unmittelbar auf das Grundstück oder sonstige Pfandobject selbst gerichtet, und theilt deshalb den allgemeinen Charakter der gewöhnlichen Usucapion, zu einem originären Erwerbe zu führen. Doch hat sie mit der usureceptio fiduciae das gemein, daß der Ersitzende seine eigene Sache zurückerhält, die ihm wenigstens thatsächlich bis dahin noch nicht entzogen war. Wenn man demnach bloß das factische Moment in das Auge faßt, ohne die juristische Gestaltung des Verhältnisses weiter zu beachten, so kann auch sie als eine Nachfolge in das eigne Recht betrachtet werden. Selbst hier rechtfertigt sich mithin noch der Name usu-re-ceptio, während es im Uebrigen ganz gleichgültig sein würde, ob der ersessene Gegenstand früher schon einmal dem Usucapienten gehört hat, oder nicht. Wenigstens läge sicher keine Veranlassung vor, den ersteren Fall zu einem besonderen Rechtsinstitute zu erheben; denn als solches treten die Usureceptionen offenbar doch auf. — Hiermit ist denn aber wirklich ein gemeinsamer Mittelpunkt für diese Ersitzungen gefunden. Sie sind Usucapionen, welche den gemachten Erwerb als juristische oder factische Continuation eines schon früher existirenden Rechts erscheinen lassen.

Mit diesem Satze, zu dessen Begründung das in der obigen Darstellung Gesagte ausreichen dürfte, scheiden wir von unserem gegenwärtigen Stoffe, der nunmehr wohl nach allen Seiten hin genugsam verfolgt sein möchte. Nur einen Punkt haben wir im Anschlusse an den Gedankengang, durch welchen Gaius auf dessen Besprechung geleitet wird, noch kurz zu erläutern. Dort werden uns diese Usucapionen als Fälle wissentlicher Ersitzung fremden Eigenthums genannt, und zwar augenscheinlich als die einzigen, bei denen eine solche Anomalie sich vorfinde. Indem wir den Grund dieser Erscheinung in allgemeineren Verhältnissen suchten, fragt es sich, ob dieselben, die Richtigkeit unserer Behauptung vorausgesetzt, nicht auch sonst noch hätten wirksam werden müssen. — Man hat nun auch wirklich noch ein Beispiel einer Usucapion

troß mangelnder bona fides angeführt[84]. Im §. 1 der sogenannten Vatikanischen Fragmente wird uns mitgetheilt, in Folge einer Rutiliana constitutio habe man die von einem Weibe ohne Vollwort des Vormundes erkaufte res mancipi, obgleich sie zu einer solchen Veräußerung nicht befugt war, dennoch, sobald nur der Preis berichtigt worden und von ihr nicht zurückgegeben wurde, ersitzen können. Daß der Käufer sich hier nicht im guten Glauben befinde, wird im Anfange der Stelle ausdrücklich bemerkt und dafür auf die veteres, Sabinus, Cassius und Labeo als Gewährsmänner Bezug genommen. Die Auflösung dieses Widerspruchs hat bereits v. Scheurl in völlig befriedigender Weise gegeben[85]. Was zur Zeit der genannten Juristen noch einen materiellen Inhalt gehabt hatte, das Erforderniß vormundschaftlicher Einwilligung zur Alienation von res mancipi, war unter Julian, der jener Rutiliana constitutio erwähnt, zur leeren Formalität herabgesunken, welche auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erwerbers einen bestimmenden Einfluß nicht mehr äußern konnte[86].

Eben so wenig als demnach die gedachte Usucapion hierher gehört, eben so wenig wird außerdem die Möglichkeit nachgewiesen werden können, eine mehr als nur noch formell fremde Sache zu ersitzen. Zwei Umstände waren es, aus denen wir die Entbehrlichkeit der bona fides erklärten. Bei der usucapio pro herede der Zustand der Unentschiedenheit, ob sich der berufene Erbe auch seines Rechtes annehmen wolle. Unter Lebenden kann davon überhaupt nicht die Rede sein. Entweder der bisherige Herr hat sein Eigenthum einfach derelinquirt, oder er hat es an einen Anderen übertragen, wozu natürlich dessen Mitwirkung nothwendig ist. Dort gehört die Sache ohne Zweifel Niemandem, und hier eben

---

84) So Puchta Institut. Bd. II, p. 661, 662.

85) A. a. O. §. 10, p. 52 ff.

86) Ein anderes Bedenken könnte dadurch entstehen, daß Gaius (Lib. II, §. 47) für die Unmöglichkeit eine solche res mancipi zu usucapiren ein besonderes Verbot der XII Tafeln anführt, als ob der Mangel der bona fides dazu nicht schon ausgereicht hätte. Der Zusammenhang zeigt jedoch, daß dort von einem objectiven Usucapionshindernisse die Rede ist. Einen ferneren Fall einer Usucapion ohne b. f. sieht Voët Comm. ad Pand. h. t. §. 12 in dem vierjährigen Besitz von bona vacantia. Es ist dieß richtig, sofern man dabei an die alte usucapio pro herede denkt, im Uebrigen giebt er wohl nur eine Einrede gegen die fiskalische Klage (vgl. Vinnius Comm. ad Inst. §. 9, h. t. p. 248. v. Wening-Ingenheim Civilrecht, Bd. III. München, 1838. p. 209, 210) falls er nicht im guten Glauben begonnen ist.

so unbedingt dem neuen Eigenthümer wirklich an. Nur, wo zu Gunsten eines Dritten die Proprietät verwirkt wird, könnte ein Bedenken entstehen. Allein, ist dem Fiscus dergestalt irgend Etwas zugefallen, so tritt die Regel in das Mittel, daß fiscalische Sachen der Usucapion entzogen sind. In Betreff der von dem binubus an die Kinder erster Ehe verlorenen Vermögenstheile steht deren Recht, jede Veräußerung ihres parens anzufechten, wozu ja auch die Usucapion in dieser Hinsicht gerechnet wird, dieser im Wege[86a]). Der Miteigenthümer endlich erhält den Antheil seines Genossen am baufälligen Hause wegen versäumter Erstattung der Reparaturkosten zwar ipso jure, aber doch erst in Folge besonderer Willensbestimmung[87]). Jedes Suchen nach einer Analogie für die usucapio pro herede muß daher vergeblich bleiben.

Bei den Usureceptionen zweitens wurde, wie wir sahen, von dem guten Glauben darum Abstand genommen, weil der Besitz des Erwerbers rechtmäßig begonnen hatte, und bloß dessen Fortsetzung zur Wiedererlangung des Eigenthums verhilft. Vorbedingung für alle Usureceptionen ist daher die Uebertragung des letzteren ohne Besitzübergang. Mustern wir nun die einzelnen derartigen Erwerbsfälle durch, so sind Erbschaft und Vermächtniß offenbar nicht hierher zu ziehen, weil bei ihnen das Rechtssubject nothwendiger Weise wechselt; arrogatio und in manum conventio berauben den in die fremde Gewalt sich Begebenden zugleich der Fähigkeit, fortan noch eigenes Vermögen zu haben. Ein dem Kläger in der rei vindicatio oder hereditatis petitio günstiges Urtheil soll seinem ideellen Zwecke nach zwar nur das bei diesem in der That vorhandene Recht anerkennen[88]); in der Praxis stellt sich dieß aber doch etwas anders. Vermöge der unbedingten Gültigkeit seines Inhaltes läßt es unerachtet seiner materiellen Unrichtigkeit das Eigenthum des Besiegten auf den

---

86a) In diesem Sinne ist denn auch von Justinian in Nov. 22, c. 24 ein ausdrückliches Usucapionsverbot erlassen. Vgl. v. Wening-Ingenheim Civilrecht, Bd. I. München, 1837. §. 131, Note d. p. 322.

87) Es ist ihm nämlich unter verschiedenen Ansprüchen die Wahl gelassen L. 52, §. 10 D. pro soc. 17, 2. In gleicher Weise faßt Puchta Pand. §. 142, Not. g. Vorl. ebend. Bd. I, p. 282, 283, die Bestimmung Justinians in L. 30 C. de jure dott. V. 12 über den Rückfall der vorhandenen Dotalsachen in das Vermögen der Frau auf. Andere, wie Zimmern R. Gesch. Bd. I, p. 589, Note 20 sprechen nur von einer Fiction des Eigenthums, v. Löhr Mag. Bd. IV, 7 meint gar, es sei dort nur von der hypothecaria die Rede.

88) S. L. 8, §. 4 D. si serv. vind. 8, 5.

Sieger übergehen[89]), so daß man dem Ersteren die Möglichket einer Usucapion gegen die Sentenz nachlassen muß. Dasselbe würde auch dann zu gelten haben, wo sie dem bestehenden Recht durchaus entspricht, jedoch unausgeführt bleibt. Dennoch ist dieser Umstand für uns ohne alle Bedeutung. Zur Zeit der Blüthe des Formularprocesses war dessen endlicher Ausgang die Geldcondemnation, deren Leistung mit der neuen Ersitzung des Streitobjects weiter Nichts zu schaffen hatte, und auch die spätere auf dem officium judicis beruhende Execution hing davon in keiner Weise ab[89a]). Bei der Adjudication in Theilungsklagen, durch welche das Eigenthum des einen Genossen dem anderen zugesprochen werden konnte, wäre, um den gemeinsamen Gegenstand im Ganzen ersitzen zu können, eine neue Besitzergreifung nöthig gewesen, indem der Miteigenthümer bis dahin denselben sich nur pro parte indivisa zuschrieb. Eine eigentliche usureceptio auf eben diesen Theil anzunehmen, ist aber deshalb unthunlich, weil mit der Abgabe des Richterspruchs das Object des Besitzes, eben die pars indivisa, vernichtet wird[90]). Ueberdieß umfaßte, mindestens seit dem Untergange des klassischen Processes, die Vollstreckung der Sentenz auch die Ueberweisung der zugetheilten Gegenstände an den neuen Dominus[91]), wo sich dann das ganze Verhältniß ebenso wie bei den dinglichen Klagen gestaltet. Dasselbe ist von den ipso jure an die Frau zurückfallenden Dotalsachen zu sagen, sofern man von der Ansicht ausgeht[92]), daß Justinian ihr das Eigenthum daran nicht ohne Weiteres, sondern erst für den Fall habe zuwenden wollen, wenn sie nun auch wirklich die Rei Vindicatio anstellt. Natürlich wäre dann die Möglichkeit der Usucapion erst mit diesem Augenblicke gegeben. Freilich scheint es, als ob die Klage nach Justinians Verordnung durch die vollendete Ersitzung beseitigt sein solle, sobald nur von der Zeit an, wo ihre Erhebung möglich wurde, die erforderliche Zahl von Jahren verstrichen ist.

---

89) v. Vangerow Pand. §. 320, Anm. 3, p. 679 ff.

89a) Vergl. L. 1 C. praescr. l. t. VII, 33. L. 9 C. de praescr. 30 vel 40 annor. VII, 39 und dazu v. Buchholtz Jurist. Abhandl. p. 362, Note 11. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 446, 447.

90) L. 26 D. de poss. 41, 2 — certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa —.

91) Vgl. L. 2 C. comm. div. III, 37.

92) S. oben Note 87.

Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula — sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere [93]).

Ein Gewinn erwächst indessen dem Manne dennoch nicht, indem er ja stets noch der Dotalklage ausgesetzt bleibt. — Da, wo das Eigenthum durch ein bestimmtes Vergehen oder eine sonstige Rechtswidrigkeit seines ehemaligen Inhabers verwirkt wird, kann eine Usureception darum nicht eintreten, weil der Grund des Verlustes hier nicht bloß in so weit Bedeutung hat, als er den Uebergang der Proprietät vermittelt, so daß er in der Erreichung dieses Zweckes sein Ziel und Ende fände. Vielmehr hat er eine davon unabhängige Existenz, und muß deshalb fortdauernd diese Folge nach sich ziehen, so lange er überhaupt noch wirksam ist [94]). Aehnlich steht es mit der missio ex secundo decreto damni infecti nomine und den Indignitätsfällen. Von der Mancipation endlich und in jure cessio, von dem Pfandverkauf und Zuschlag ist schon oben gehandelt worden. Uns bleibt also außer der Erwerbung vom Staate nur noch die Uebertragung des formellen Eigen unter Vorbehalt dereinstiger Rückgewähr, d. h eben die Fiducia übrig, wo eine Usureception denkbar ist. Gaius hat demnach, so weit wir bei unserer Kenntniß des alten Rechts darüber zu urtheilen im Stande sind, die Umstände vollständig aufgezählt, unter denen eine wissentliche Ersitzung fremder Sachen Statt finden kann. Diese nimmt somit in der That eine isolirte Stellung im spätern Rechtsleben ein, weniger jedoch deshalb, weil in Betreff der Auffassung der Usucapion eine entschiedene Umwälzung hereingebrochen wäre (von der usucapio pro herede könnte man so etwas noch am ehesten glauben, — daß aber auch dieß irrig ist, zeigt die Betrachtung des SC. Juventianum, welches die usucapio pro herede zwar durchlöcherte, dabei aber offenbar von ganz fremdartigen Principien ausging), sondern weil im Laufe der Jahrhunderte die Rechtsbildungen selbst einem anderen Zuge gefolgt sind, und für ein solches Eingreifen der Ersitzung, wie es dort sich consequent geltend machen mußte, keinen Raum mehr bieten. Mit den Grundlagen, auf denen jene Usucapions-

93) L. 30 C. de jure dott. V, 12.

94) L. 2 C. de vectig. et commiss. IV, 61.

arten sich aufbauten, sind auch sie verrottet und in Trümmer gefallen. Darum waren wir wohl berechtigt, ihnen hier ihre Stelle anzuweisen, bevor wir in dem folgenden Abschnitte zu der detaillirten systematischen Darstellung unseres Institutes uns hinwenden. Dafür ist ihre allmälige Beseitigung bedeutungslos, sie bezeichnet keine neue Entwickelungsphase, in welche jenes damit hinübergetreten wäre. Dagegen erschien uns die Abwehr derartiger falscher Vorstellungen nirgends dringender als an der Schwelle der bevorstehenden Erörterung geboten, deren Beweiskraft sie ohne dieß beständig gelähmt haben würden. — Wenigstens hätte der Gedanke immer nahe genug gelegen, daß, da in früherer Zeit der gute Glaube des Usucapienten gleichgültig gewesen sei, die spätere Entfaltung des Institutes nach der entgegengesetzten Richtung hin, weniger durch die innere Consequenz des juristischen Gedankens, als durch äußere Einflüsse und Einwirkungen veranlaßt sein möchte. Und vor diesem Mißtrauen wider unsere Darstellung brauchen wir uns nun wohl nicht mehr zu scheuen.

---

§. 4. Die objectiven Usucapionshindernisse.

Nach dieser Abschweifung wird es nöthig sein, nochmals nach rückwärts zu blicken, um uns in dem Stoffe wieder zurecht zu finden, dessen Darlegung wir auf diesen Blättern unternommen haben, und eine klare Uebersicht über ihn zu gewinnen. Die Aufgabe unserer in dem vorigen Paragraphen geführten Untersuchung war die, nachzuweisen, daß das Erforderniß des guten Glaubens von Anfang an in der Usucapionslehre aufgestellt wurde, daß wir wenigstens nirgends eine geschichtliche Spur davon antreffen, wie es damit einst anders gewesen sei; daß die Rechtsbildungen, welche vermeintlich jener früheren Periode entstammen und deren Eigenthümlichkeit, die völlige Indifferenz gegen die subjective Redlichkeit des Besitzers, noch unverändert an sich tragen sollen, auch ohne daß man zu einer solchen Hypothese seine Zuflucht zu nehmen gezwungen wäre, ihre hinreichende Erklärung finden. Wie es aber auch darum stehen möge, sei uns unser Versuch gelungen oder nicht, die Richtigkeit des von uns als Grundidee der Usucapion bezeichneten Gedankens wird davon in keiner Weise berührt.

Jedenfalls mußt von dem gegebenen Ausgangspunkte fortschreitend mit Nothwendigkeit zu der Einsicht geleitet werden, daß man die bona fides als unerläßliche Bedingung für die Ersitzung zu betrachten habe. Ob man dahin nun etwas früher oder später gelangt sei, kann uns im Ganzen ziemlich gleichgültig bleiben. Wenn nämlich das Recht den auf die dauernde Beherrschung einer Sache gerichteten Willen schützen, den damit auf den Rechtsschutz erhobenen Anspruch [1]) anerkennen soll, so muß dieser Wille selbst ein rechtlicher sein [2]). Dieser Satz läßt sich, ohne an seiner Wahrheit zu verlieren, nach mehreren Seiten hin verfolgen. Rechtlich muß der Wille sein, einmal vermöge des Subjects, welches ihn entwickelt. Nur wenn dieß rechts- und vermögensfähig ist, kann auch sein Wille eine vermögensrechtliche Geltung erlangen. Wir haben dieß bei unserer Erörterung über den Besitz [3]) bereits ausführlicher zu begründen versucht und können darum einfach auf das dort Gesagte verweisen. Dieser Wille muß aber ferner auch in sich als gerechtfertigt erscheinen [4]). Er darf sich nicht in der subjectiven, jedoch objectiv ausgeprägten Gestalt, welche er in der Usucapion annimmt, schon als widerrechtlich darstellen. Das Verlangen objectiver Erkennbarkeit war es gerade, was uns die sogenannten lucrativen Usucapionen erläuterte und uns begreiflich machte, wie man die Ersitzung hier zulassen konnte, unerachtet der Erwerbende sich sagen mußte, daß er darin einen Andern beeinträchtige. Der gute Glaube ist uns also Nichts, als die formelle Uebereinstimmung des subjectiven Willens mit dem objectiven Rechte. Ob beide in Wirklichkeit dennoch auseinander gehen, darauf kommt weiter Nichts an. Der Zwiespalt darf nur dem Usucapienten nicht zum Bewußtsein gekommen sein. — So viel zur Orientirung auf dem Felde unserer Erörterung. Das Nähere darüber werden wir noch weiter unten kennen lernen. Hier soll nur ein Punkt im Anschluß an den letzten Satz herausgehoben und einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden. — Es finden sich hier nämlich gewisse Grenzen, jenseits deren unsere

---

1) S. oben p. 42—44.

2) Ebenda p. 46, 47.

3) Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc., N. F. Bd. XI, p. 409—413.

4) Unterholzner Verj. Lehre §. 6 a. E., Bd. I, p. 31 spricht hier bloß von einer Beleidigung des sittlichen Gefühls. Er setzt damit das Erforderniß der bona fides ebenso aus dem Zusammenhange mit dem Rechte heraus, als er dieß mit der Idee der Ersitzung überhaupt thut.

Regel nicht mehr zutrifft, daß die Usucapion vor sich gehen könne, sobald der Besitzer aus triftigen Gründen nicht widerrechtlich zu verfahren glaube. Es ist dieß um so auffallender, da wir in der Lehre vom Besitze dieselbe in unumschränkter Herrschaft fanden. Es giebt objective Usucapionshindernisse, deren Unkenntniß die Ersitzung um Nichts zulässiger macht; objective Besitzhindernisse würde man vergeblich suchen. Woher nun dieser Unterschied, da doch in beiden Fällen der Wille auf ein rein Factisches, die thatsächliche Unterwerfung eines Gegenstandes gerichtet ist? Auf diese Divergenz der von Besitz und Ersitzung geltenden Grundsätze scheint man bisher wenig aufmerksam geworden zu sein [5]). Mindestens ist uns nicht bekannt, daß für ihre Rechtfertigung irgendwo Etwas gethan sei. Zwei Fragen sind es, die wir uns zu dem Ende vorlegen müssen. Einmal die, welche Macht es war, die der Usucapion solche Schranken setzen konnte? Die Antwort darauf möchte sich unseres Bedünkens aus Folgendem ergeben: Der Wille des Usucapienten geht auf ein dauerndes Beherrschen hinaus. Er negirt damit von der factischen Seite her das Recht selbst. Dieß ist nun freilich bei jeder Usucapion der Fall; ihr eigenthümliches Wesen besteht ja gerade in dem Siege dieser Negation über das Recht. Allein es ist dabei nicht zu übersehen, daß sie doch bloß ein civiles d. h. privatrechtliches Institut sein soll. Das Individuum als solches ist eben einzig Privatperson, sein Wille ein privater. Die Ersitzung kann daher lediglich im Privatrecht Geltung erhalten. Es ist das eine Beschränkung, die von der Natur der Sache mit Nothwendigkeit geboten wird. Jeder Uebergriff in ein fremdes Gebiet wäre eine Ueberwindung des fremden Rechtes. Und daran war um so weniger zu denken, eine je untergeordnetere Stellung das Privatrecht anfänglich einnahm. So hoch Religion und Staat über die Individualität des Einzelnen erhaben waren, so weit wurde das jus privatum von dem jus sacrum und jus publicum überragt. Daher keine Usucapion der von dem letzteren beherrschten Gegenstände [6]). Zahlreiche

---

5) Höchstens die Unklarheit darüber spricht sich in der Turiner Glosse zu §. 1, J. h. t. aus, wo zu den Worten „liberum hominem" bemerkt wird: Nota quia possidere liberum dixit, dumquando in eum possessio non sit. (v. Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. II, p. 440.)

6) Dem hier gebrauchten Ausdrucke analog heißt es in einem Briefe Trajans an Plinius (ep. 71 ed. Teubner.) recht bezeichnend: Nam si facta est (aedes) licet conlapsa sit, religio ejus occupavit solum. An der richtigen Einsicht in diese Exemtion hat es denn auch von Anfang an nicht

Zeugnisse von juristischen und nicht juristischen Schriftstellern erhärten das. Den einfachen Rechtssatz, daß res publicae, sacrae, religiosae, freie Menschen der Ersitzung nicht unterliegen, enthalten folgende Stellen:

§. 1. J. h. t. II, 6. Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum [7]) possideat [8]).

L. 9 D. h. t. 41, 3. Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus. (Gai. Lib. IV ad Ed. prov.)

L. 3 Cod. de l. t. praescr. quae pro lib. VII, 22. Exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii A. A. ad Dionysium vicariam praefecturam agentem. — Sola temporis longinquitate etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere, congruit aequitati. Dat. IV Kal. Mai. Volusiano et Anniano conss. (314.)

Etwas mehr auf das innere Verhältniß geht schon Theophilus ein, wenn er von diesen Objecten sagt [9]), sie seien „κρείττονα τοῦ δεσπόζεσθαι", und noch ausführlicher läßt sich Cicero darüber aus:

De harusp. resp. c. 14, §. 32. — Quamquam hoc si minus civili jure perscriptum est, lege tamen naturae communi jure gentium sancitum est, ut nihil mortales a diis immortalibus usu capere possint.

Ebenso wie hier Cicero in Betreff der religiös geweihten Sachen,

---

gefehlt. Schon Placentinus Summ. in Cod. VII, 42, p. 344 sagt davon „nec enim praescriptio temporis debet obsistere juri publico" (cf. L. 6 C de operib. publ. VIII, 12) und ähnlich u. A. Perez Prael. in Cod. VII, 26, §. 2: „quia juri publico non debet obesse praescriptio". In Betreff der res sacrae und religiosae bemerkt er, „quod sint extra hominum commercium, ut acquiri nequeant". Er beruft sich damit auf das Privatrecht, welchem ja die Unterscheidung von Sachen in commercio und extra commercium überhaupt erst angehört, sofern dieß selbst die eigene Beschränkung anerkennt. Andere, wie Pulvaens l. l. cap. 1, p. 328, sehen auch darin ausdrücklich nur eine Maßregel der Zweckmäßigkeit oder willkürlicher Begünstigung. Vergl. noch Donellus l. l. Lib. V, c. 22, §. 4 ff. Puchta Inst. §. 239, Note e.

7) Wegen des flüchtigen Sklaven vgl. Schrader Comm. ad §. J. cit.

8) S. Gai. II. §. 48.

9) Ad §. 1 J. cit.

beruft sich auch Papinian bezüglich der praescriptio longi temporis an den von der Natur zum gemeinsamen Gebrauche Aller bestimmten Dingen auf das jus gentium:

> L. 45 pr. D. h. t. Praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet; quod ita procedit, si quis aedificio funditus diruto, quod in litore posuerat aut dereliquerat aedificium, alterius postea eodem loco extructo occupantis datam exceptionem opponat. — (Pap. Lib. X Resp.)[10]).

Gleichwie das Privatrecht dem Staats- und Religionsrechte gegenüber ohnmächtig ist, kann es vernünftiger Weise auch nicht gegen die natürlichen Lebensverhältnisse ankämpfen wollen, auf denen sich vielmehr sein eigenes Leben und Wirken erst aufbauen soll. Mit den angeführten Aussprüchen scheinen nun aber einzelne Aeußerungen der Agrimensoren im schneidenden Widerspruche zu stehen. Im zweiten Buche des Frontinus p. 56 der Lachmannschen Ausgabe heißt es:

> De locis sacris et religiosis primum quaeritur, an ea loca ullo modo usu capi possint: deinde quatenus possunt, secundum locum habent mensurae.[11]).

Es ist also zunächst die rechtliche Qualität der fraglichen Grundstücke und zwar auf dem gewöhnlichen Rechtswege zu bestimmen, und soweit diese eine Ersitzung gestattet, kann dann die Kunst der Feldmesser erst in zweiter Linie zur Anwendung kommen. Ganz ähnlich wird an einer anderen Stelle gesagt:[12])

> De locis sacris et religiosis controversiae plurimae nascuntur, quae jure ordinario finiuntur, nisi si de locorum eorum modo agitur.

In den ersten Orts ausgeschriebenen Worten wird denn doch die Möglichkeit einer Usucapion ohne Weiteres zugestanden, und auch das ergiebt sich aus dem ferneren Verlaufe der Rede, daß Frontinus dabei an eine Erwerbung von Seiten Privater, nicht etwa bloß an einen Gewinn gedacht hat, den Ein Tempel vom Andern machte. Es kann hier unsere Absicht nicht sein, diese Verhältnisse weiter zu verfolgen. Sie bedürfen einer besonderen Untersuchung

---

10) Vgl. über dieß Fragment Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 185, Note 179.

11) Vgl. Frontin. Lib. I, p. 22, v. 9 ff. Agenn. Urb. p. 87, v. 9 ff.

12) Frontin. Lib. I, p. 22, v. 9 ff.

und Behandlung. Nur mit wenig Worten möge die Lösung des Zwiespaltes zwischen Frontinus und den Juristen angedeutet werden. Der erstere gebraucht hier die Ausdrücke locus sacer, religiosus u. s. w in einem etwas umfassenderen Sinne, als sonst üblich ist[13]). So sagt er (p. 57, v. 15) von den Abtretungen einzelner Ackerstücke zur Gründung eines Heiligthums:

sed et siquid spatiosius cedebatur, sacerdotibus templi illius proficiebat. —

und im ersten Buche von den loca religiosa (p. 23, v. 4):

habent et Moesilea juris sui hortorum modos circumjacentes aut prescriptum agri finem[13a]).

Auf diese den Tempeln und Grabstätten beigegebenen Ländereien dürfte nun wohl die beregte Angabe des Gromatikers zu beziehen sein. — Allein, und dieß ist der zweite Punkt, dessen Erklärung uns hier obliegt, wie geht es zu, daß nichtsdestoweniger der Besitz an derartigen Gegenständen, sofern er nur im guten Glauben ausgeübt wird, überall volle Anerkennung gefunden hat[14])? Muß man nicht auch darin einen Uebergriff des Privatrechtes über die ihm gesteckten Grenzen hinaus erblicken? Ist es also nicht eine Inconsequenz, wenn man in dem einen Falle nachläßt, was man im anderen entschieden als unstatthaft hinstellt? Wir glauben nicht, daß dem so sei. Der Besitzwille geht nur auf den gegenwärtigen Augenblick. Der Besitz selbst ist deshalb zunächst eine reine Thatsache, die das Recht noch ganz unangetastet läßt, und einzig in so weit den Rechtsschutz für sich in Anspruch nimmt, als die Aufhebung des einmal begründeten Zustandes bloß in rechtlicher Weise, d. h. durch Rechtsmittel erfolgen soll. Dieß Verlangen des Individuum nach Rechtshülfe im Allgemeinen abzulehnen, war auch das jus sacrum und publicum nicht im Stande. Sie hätten sonst ihre eigene rechtliche Natur verläugnen

---

13) S. die in der folgenden Note (13 a) citirten Stellen.

13 a) Vgl. L. 4 C. de religios. III, 44. L. 2, §. 5 D. de relig. 11, 7. Brissonius antiquitat. Lib. II, c. 15. ed. Trekell, Lips. 1741, p. 80. L. 9 Cod. cit. L. 73, §. 1 D. de contr. emt. 18, 1. — Dagegen, daß jene agri circumjacentes dem jus sacrum nicht anheimfielen, darf auch nicht angeführt werden L. 14, §. 2 D. de servitut. 8. 1 — sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, quum servitus per ea loca nulli deberi possit. Dieß Fragment kann nämlich sehr wohl auf einen Weg bezogen werden, der über und zwischen Gräbern hinführt. Vgl. Propertius V, 11, v. 8: Obserat herbosos lurida porta rogos.

14) S. v. Savigny Recht d. Bes. p. 133, 134.

müssen. An einem genügenden Grunde für die verschiedene Behandlung von Besitz und Usucapion fehlte es also keinesweges.

Den genannten Exemtionen schließen sich zunächst diejenigen Usucapionsverbote an, welche im Interesse des öffentlichen Wohles gegeben sind und darum gewisser Maßen noch als Ausflüsse staatlicher Einwirkung betrachtet werden können. Der Unterschied der letzteren von den oben besprochenen beruht im Wesentlichen darauf, daß es sich hier nicht mehr einfach um eine Grenzbestimmung zwischen zwei geschlossenen Rechtssystemen handelt, sondern daß die Rücksicht auf das politische Gebot erst innerhalb des Privatrechtes wirksam werden kann, weil die ganze Frage nun einmal, und zwar in Folge des Entwickelungsganges, den die gesammte Rechtsanschauung des Volkes genommen hat, auf diesem Boden zur Sprache kommt. Auch stehen die einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen einander durchaus nicht völlig gleich. Bei einem Theile derselben ist der Zusammenhang mit ganz fremdartigen Einflüssen noch leicht zu erkennen; andere sind mehr im Hinblick auf die concreten Lebensverhältnisse entstanden, welche ja doch die nothwendige Grundlage für die Gestaltung des Rechtes selbst bilden. Sie erscheinen so als Abweichungen von der streng logischen Durchführung des beherrschenden Principes, erheischt durch die Billigkeit, indem man sich nicht verhehlen konnte, daß die gleichmäßige Anwendung der juristischen Formel unter Umständen offenbar in ein materielles Unrecht ausarten müßte. Noch auf der Grenze zwischen den oben betrachteten Fällen und denjenigen, welchen wir uns jetzt zuwenden, liegt:

Das Usucapionsverbot für die im Staatsvermögen befindlichen Sachen. Unter den res publicae im weiteren Sinne[15]) unterscheidet man diejenigen, quae in publico usu habentur von der pecunia populi[16]). Jene sind unbedingt dem commercium entzogen, nicht so die letzteren. Die Ersitzung greift aber auch bei ihnen nicht Platz. Directe Zeugnisse dafür vermögen wir allerdings nicht beizubringen. Dennoch wird ein ernstlicher Zweifel daran nicht leicht erhoben werden[17]). Die

---

15) Wie z. B. L. 1 pr. D. de R. D. 1, 8.

16) L. 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1. L. 2, §. 4. 5 D. ne quid in loco publ. 43, 8. L. 17 pr. D. de V. S. 50, 16. cf. L. 39, §. 10 D. de leg. I. 30.

17) Puchta Inst. Bd. II, §. 239, p. 664, 665.

Usucapionsunfähigkeit der res fiscales ist nämlich durch unsere Quellen hinlänglich beglaubigt.

§. 9 J. h. t. II. 6. Res fisci nostri usucapi non potest —

L. 18 D. h. t. 41. 3. Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen — (Modestin. Lib. V. Regul.)

L. 24, §. 1 D. eod. Interdum etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi ejus, veluti si vitium, quod obstabat, non ex persona, sed ex re purgatum fuerit; ex re, ut puta, si fisci res esse desierit. (Pompon. Lib. XXIV ad Quint. Mucium.)

Nov. 30, c. 7. — videbit, quid a tamiaca terra ablatum sit et temere ab aliis detineatur — atque ei vetus solum vindicabit, nulla ipsi longi temporis praescriptione opponenda.

Bekanntlich schied sich mit der Entstehung des Principates das bisher in einer Hand vereinigte Staatsvermögen in Aerar und Fiscus, die Kasse des Senats und die des Kaisers. Insofern das Eigenthum des Letzteren nur „vermöge der Stellung des Princeps ebenfalls den Charakter eines öffentlichen Gutes annahm[18]", so daß es selbst als res privata dem Aerar gegenüber tritt[19]), muß das ihm ertheilte Vorrecht um so mehr auch

---

18) Worte Puchta's a. a. O. Bd. I, §. 88, p. 378.

19) Spart. Hadr. 7. Plin. Panegyr. c. 36. Seneca de benef. VIII, 6. L. 2, §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp.). Eine andere Deutung giebt Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 189, Note 180 diesen Stellen. Er versteht sie ausschließlich von dem Privatvermögen des Kaisers. Einzig L. 2, §. 4 D. cit. bezieht auch er auf das Staatsgut und billigt selbst die Conjectur „praefecti aerarii" statt des handschriftlichen „praefecti eorum", welche Brissonius (Select. antiquitat. Lib. III, c. 19, p. 125 ed. Trekell.) allerdings nur zweifelnd vorschlägt. In der That scheint nun diese Verbesserung nicht eben empfehlenswerth. Man sollte eigentlich den Procurator Caesaris erwarten. Zwar wird in unseren Rechtsquellen Fiscus und Aerar zum Theil promiscue gebraucht (vgl. L. 13 D. de jur. fisc. 49, 14 Paull.). Auch hatte wohl der Praefectus aerarii dieselbe fiscalische Jurisdiction wie der Procurator Caesaris (vgl. wegen jenes L. 12 D. de his quae ut indign. 34, 9. L. 15, §. 4, 6. L. 42 D. de jur. fisc. 49, 14. Cujacius Recit. in Lib. XVI. Quaest. Pap. ad L. 12 cit. — in Betreff des letzteren L. 9 pr. D. de off. procons. 1, 16. L. 2, 5 C. ubi causae fiscal. III, 26. Schulting Enarrat. ad Tit. Dig. de off. Proc. Commentat. academ. Tom. IV. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civ. Proc. Bd. I. Bonn 1834. §. 5, p. 68, 69; §. 7, p. 89) allein Praefectus aerarii und Procurator Caesaris werden doch nicht mit einander vertauscht, und namentlich hält Ulpian (vgl.

von diesem gegolten haben. Und ohne Bedenken darf man denn wohl, wenn man nicht ohnehin die Erwähnung der res publicae in den oben mitgetheilten Fragmenten auch auf sie beziehen will, von den beiden Zweigen auf den gemeinsamen Stamm, die pecunia publica zurückschließen. Eine Eigenthümlichkeit springt indessen hierbei bald in die Augen. In der Constituirung des Fiscus als juristischer Person scheint sich ja der Staat selbst dem Privatrecht untergeordnet zu haben. Wie kann er also noch eine davon unabhängige Existenz beanspruchen? Zugegeben, daß das Verhältniß des Staatsgutes ursprünglich ein rein publicistisches war, so hätte dieß doch nunmehr ein Ende nehmen müssen, und in dem Ausschluß der Ersitzung an fiscalischen oder ärarischen Sachen wäre höchstens noch eine halb unbewußte Reminiscenz an die ehemalige Gestaltung des Rechtes zu erblicken. Es liegt in dieser Argumentation etwas Wahres. War gleich der Anstoß zu dieser Entwickelung wohl weniger von der Seite des Staates als von Seiten des Privatrechts ausgegangen, welches das fremdartige und unorganisch in seine Beziehungen eingreifende jus publicum mindestens formell mit sich in Uebereinstimmung zu bringen strebte, und war es deshalb auch nicht von Anfang an auf eine Schmälerung des anderen Rechtsgebietes abgesehen, so lag doch schon darin, daß die Grenzen beider, wenn gleich nur äußerlich, mit einander verschmolzen wurden, und daß das Privatrecht hier nominell die Herrschaft führte, ein bedeutungsvoller Sieg des letzteren und ein Beweis, daß die Schale sich bereits

---

L. 8, §. 19 D. de transact. 2, 15. L. 39, §. 10 D. de legat. I.) beide Aemter völlig auseinander und spricht hier überdieß nur von dem fiscalischen Vermögen im Gegensatze zum ärarischen. Freilich will auch uns der Text unseres Fragments kritisch nicht unverdächtig erscheinen. Schon die Glosse (ad v. praefecti) nimmt hier Anstoß; indem sie bei dem Präfectus zunächst an irgend eine andere Präfectur denkt und deshalb die ausdrückliche Bemerkung für nöhig erachtet, es sei damit der Procurator Cäsaris gemeint. Dann stellt sie es aber auch zweitens zur Auswahl anheim, ob man nicht etwa lieber praefecti adjectivisch nehmen wolle, wo dann zu übersetzen wäre, „es sind Richter für sie bestellt". Eine bloße Trivialität. Uns dünkt besonders das „eorum" unverständlich. Sprachlich läßt sich nur locorum dazu ergänzen. Ist nun von praefecti locorum, quae sunt in fisci patrimonio die Rede? Oder soll man eorum mit judices verbinden? Beides ist ungewöhnlich und auffallend. Wahrscheinlich haben die Compilatoren hier stark gestrichen. Außer den res fisci muß auch noch der res aerarii Erwähnung geschehen sein. Erst dadurch wird der im §. 5 gemachte Schluß verständlich. Wie arg übrigens Justinians Arbeiter gerade mit diesem Fragmente umgegangen sind, ergiebt seine sonstige Zerfahrenheit. Vgl. u. A. Schmidt Interd. Lpzg. 1853. p. 59, Note 42.

zu seinen Gunsten zu neigen begann. Nach und nach gerieth dann die eigentliche Lage der Dinge in Vergessenheit; aus einer formellen wurde eine materielle Vereinigung. Das zeigt sich recht deutlich darin, daß man die fiscalischen Klagen und unter ihnen auch die Rei Vindicatio unbekümmert wie die anderen verjähren ließ[20], und daß Justinian schließlich die Klagverjährung zur Ersitzung umwandelte[21]. So sehr sich nun auch dieß stufenweise Fortschreiten als ein historisch gebotenes darstellt, so ist doch nicht zu läugnen, daß das Recht der res fiscales, welche ja endlich das Aerar mit verschlungen hatten, allerdings einen etwas unerquicklichen Anblick darbietet. Es ist einem zu verschiedenen Zeiten aufgeführten und in loser Verbindung an einander gefügten Baue nicht unähnlich, in dessen Theilen man noch jetzt ohne Mühe die Hand verschiedener und nach wechselndem Plane arbeitender Werkmeister wahrnimmt. Das Usucapionsverbot stammt noch aus einer Periode, wo das Princip des jus publicum das überwiegende war; die außerordentliche Ersitzung wurde von dem privatrechtlichen Gesichtspunkte aus auch auf das fiscalische Vermögen ausgedehnt, aber die eine setzte man ruhig neben das andere hin; das Alte einzureißen, dazu gebrach es an Kraft und Lust; und an der letzteren aus nahe liegenden Gründen vielleicht noch mehr als an jener.

In engster Verbindung hiermit steht das Recht der res dominicae. Auch sie sind der Usucapion nicht unterworfen[22]. Die nächste Veranlassung zu dieser Auszeichnung des kaiserlichen Privatvermögens war freilich eine geschichtliche. So lange dasselbe von dem Fiscus noch ungetrennt war[23], mußte auch ihm das für den letzteren gegebene Privilegium zu Gut kommen. Dabei blieb es denn aber auch begreiflicher Weise, als jene Sonderung gleichzeitig mit der Verschmelzung von Fiscus und Aerar

---

20) Vgl. v. Savigny System, Bd. V, p. 359—361. Allerdings hat es mit der Klagenverjährung, wie wir weiter unten sehen werden, noch seine besondere Bewandtniß.

21) L. 8, §. 1 C. de praescript. XXX. annor. VII, 39. Wo die Vindication durch die Einrede der Verjährung beseitigt werden konnte, soll jetzt zugleich das Eigenthum Folge eines redlichen dreißig- oder vierzigjährigen Besitzes sein. Ob hier, wie z. B. noch Thibaut, Ueber Bes. u. Verj. §. 29, p. 97, und v. Wening-Ingenheim, Civ. R. Bd. I, §. 39, p. 105, annehmen, diese oder jene Zeit erforderlich war, berührt uns weiter nicht.

22) S. Tit. Cod. ne rei domin. VII, 38.

23) Vgl. Puchta Inst. Bd. I, §. 88, Note b, p. 378, 379.

durchgeführt wurde. Wir wollen damit nun nicht sagen, daß man eben nur aus alter Gewohnheit bei dem Alten geblieben sei. Zwar wird uns nirgends ausdrücklich angegeben, aus welchen systematischen Gründen man jetzt diese Bevorzugungen hergeleitet habe. Wie man aber, sobald es sich darum handelte, in Bezug auf die res fiscales gewiß nicht unterlassen haben würde, das öffentliche Interesse zu betonen[24]), so gab es auch hier Theoreme, welche einen passenden Anknüpfungspunkt darbieten konnten. Noch zu Justinians Zeit gilt der Satz „Princeps legibus solutus est"[25]). Allerdings waren damit zunächst nur einzelne, bestimmte Gesetze gemeint[26]), allein allmählig wurde daraus doch der Ausdruck für den Gedanken, daß der Kaiser als Mittelpunkt des Staates und Theilhaber seines Rechtes über dem Privatrechte stehe[27]), was freilich wiederum auf eine unstatthafte Vermischung seiner zwiefachen Persönlichkeit hinausläuft, der durch die Scheidung der res dominicae und fiscales gerade entgegengearbeitet werden sollte. Daß die außerordentliche Ersitzung, welcher ja sogar die letzteren unterlagen, jene gleichfalls ergreift, läßt sich darnach wohl von selbst erwarten[28]). Der Mangel eines einheitlichen Grundgedanken, auf welchen die betreffenden einzelnen Bestimmungen zurückkehren, macht sich hier also nicht minder fühl-

---

24) Das hat man längst erkannt, vgl. z. B. Vinnius Comm. in Inst. §. 9 h. t., p. 247, der für die Begünstigung des Fiscus anführt, der Princeps könne ohne dieß durch die Nachlässigkeit des Procurators Schaden leiden.

25) S. namentlich L. 31 D. de legib. I, 3.

26) S. Puchta Inst. Bd. I, §. 87, Note n. Zimmern Rechtsgesch. Bd. I, §. 43, p. 148—150.

27) In Betreff der anfänglichen Bedeutung des Satzes vergl. außer den Citaten in Note 26 noch Cujacius Observ. XV, c. 30, XXVI, c. 35. Voët Comm. in Pand. I, 3, §. 15. Schulting Enarrat. I, 4, §§. 8, 9, u. A. m. Allein daß man dabei nicht stehen blieb, sondern dem eine weitere Ausdehnung gab, zeigen Stellen wie §. ult. J. quibus mod. test. inf. II, 17 (vgl. Schrader ad h. l.) L. 23 D. de leg. III. 32. L. 4 C. de leg. I, 14 und namentlich die Aufnahme der L. 31 cit. in den Digestentitel de legibus. — L. 3 C. de testam. VI, 23 und Nov. 105, c. 2 lassen dieß nicht so deutlich ersehen. Auch beginnt die veränderte Auffassung des Satzes wohl nicht erst mit der Zeit der Severe, wie Zimmern a. a. O. Note 23 meint. Schon Plinius Panogyr. c. 65 init. giebt ihm diese Tragweite. — Von anderer Seite hat man dieselbe als nothwendige Folgerung aus der gesetzgebenden Gewalt des Herrschers dargestellt. S. besonders Lauterbach Colleg. Pand. I, 13, No. XII, XIII. Stryck Usus modern. ibid. No. IX. Cocceji I, 3. Quaest. V. Auch fehlt es nicht an verschiedenen Mittelmeinungen. Das Falsche an diesen Ansichten ist bereits im Texte hervorgehoben.

28) Cf. L. 6 C. de fundis rei priv. XI, 65.

bar, als wir dieß oben für das eigentliche Staatsgut zugeben mußten. —

Eine ähnliche Entwickelung hat das Verbot der Usucapion von Grenzrainen[29]) durchzumachen gehabt, wenn wir den Ansichten nachgehen, die noch bis auf die neueste Zeit herab darüber herrschend gewesen sind[30]). Wegen einer Art von Heiligung der Grenzstreifen vermöge des feierlichen Actes der limitatio soll hier die Ersitzung von Alters her keine Anwendung gefunden haben. Es läge darin also eine Wirkung des jus sacrum oder jus publicum[31]), welche den Einfluß privatrechtlicher Grundsätze abwehrte. Indem nun aber später durch Justinian[32]) die dreißigjährige Ersitzung freigegeben wurde, wäre das jus sacrum — und man möchte dieß nach den bereits besprochenen Analogien sogar durchaus natürlich finden — von dem inzwischen erstarkten Privatrechte überwunden worden, und hätte bloß in dem Ausschlusse der gewöhnlichen Usucapion eine vereinzelte Spur seiner früheren Macht hinterlassen. Der Ursprung dieser Erscheinung müßte demgemäß zunächst in historische Zustände zurückverlegt werden, und erst in zweiter Reihe könnte man im Zusammenhange mit dem Justinianischen Rechte etwa durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit die Erklärung dafür zu geben versuchen, daß man jene Vorschrift des ehemaligen in das neue Recht unverändert herüber nahm. Wir würden demnach hier ganz dieselben Verhältnisse wiederkehren sehen, denen wir bei den beiden oben genannten Fällen begegneten. In Wahrheit stand es damit nun aber also: Man darf den finis nicht für einen festen Grenzrain halten[33]); er ist Nichts weiter als der Saum einer jeden ländlichen Besitzung und als solcher Privatanstalt[34]), welche bei arcifinischem wie

---

29) Man beruft sich in der Regel auf Agenn. in Front. p. 53 Goes. (Lachm. p. 12, v. 12) Cic. de legg. Lib. I, c. 21, §. 56 i. f. L. 5 C. fin. regg. III, 39. L. 4 C. Th. eod. II, 26. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 53. p. 178 ff.

30) S. Unterholzner a. a. O. Dirksen Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. II, p. 413. Göschen Vorl. Bd. II, Abth. 1, §. 263. Schilling Inst. §. 163, p. 544. Burchardi Lehrb. des Röm. R. II, §. 169, p. 434; §. 273, p. 855.

31) Vgl. Rudorff Gramatische Institutionen, im zweiten Bande der Schriften der Röm. Feldmesser von Blume, Lachmann u. s. w. p. 438.

32) L. 6 C. fin. regg. III, 39 und dazu Rudorff a. a. O. p. 440, 441.

33) Wie auch Puchta Inst. Bd. II, p. 607.

34) S. Balb. ad Cels. p. 98, v. 3, 4, 15, 16. Sicul. Flacc. de cond. agror. p. 151, v. 17 squ. Rudorff a. a. O. p. 433.

limitirtem Lande gleichmäßig vorkommt. Von ihm unterschieden ist der limes, der, soweit er eine körperliche Breite hat[35]), der Commune angehört, deren Acker limitirt ist[36]). Er folgt deshalb dem Rechte des Communalgutes. Daß die fünf Fuß, welche zu beiden Seiten der geometrischen Linie des finis lagen, an sich der Ersitzung nicht entzogen sind, beweist schon die Möglichkeit, fremden Grund und Boden zu usucapiren, der an den eigenen angrenzt[37]). Wenn darauf bei der actio finium regundorum gar nicht geachtet wird, so kann dieß nicht in einer besonderen Eigenschaft des Ackerstreifens, sondern lediglich in den bei dieser Klage obwaltenden besonderen Verhältnissen seine Rechtfertigung finden[38]). Innerhalb fünf Fuß nämlich ist der Rechtsweg gänzlich versperrt, und die Entscheidung der Agrimensoren allein giebt den Ausschlag[39]). Somit hat die Frage nach der Usucapion der Grenzraine mit der vorliegenden Untersuchung überhaupt Nichts gemein. —

In deren Kreis fällt nun aber wieder hinein das Recht der res publicae civitatum[40]), welches analoge Entwickelungs-

---

35) Unterholzner a. a. O. p. 179 verwechselt die limites linearii mit dem finis. In Italien gab es freilich keine linearii; hier haben auch die zwischen je zwei actuarii limites liegenden eine Breite, jedoch von acht, nicht von fünf Fuß und heißen subruncivi. Vgl. Hygin. de limitib. constituend. p. 169, v. 4 sq. linearii limites a quibusdam mensurae tantum disterminandae causa sunt constituti, et si finitimi interveniunt, latitudinem secundum legem Mamiliam accipiunt; in Italia itineri publico serviunt sub appellatione subruncivorum, habent latitudinem ped. VIII.

36) So Rudorff a. a. O. p. 349, Nr. 40. Puchta Inst. Bd. II, p. 527 meint die limites seien im Staatseigenthum zurückgeblieben. Dieß widerlegt sich durch die Worte des Hyginus l. l. p. 168, v. 16 — per hos (actuarios limites) iter populo **sicut** per viam publicam debetur: id enim cautum est lege Sempronia et Cornelia et Julia. Nicht nur das „sicut" läßt erkennen, daß der Weg denn doch im Grunde nicht via publica war, sondern mehr noch die Nachricht, daß die agrarischen Gesetze die Staatsservitut besonders constituiren mußten, was weder nöthig noch möglich gewesen wäre, wenn vermöge allgemeinen Rechtssatzes die limites im Staatseigenthum blieben. Und daß eben dieß Letztere nicht der Inhalt jener lex Sempronia u. s. w. war, zeigt der Ausdruck „iter debetur" wohl hinlänglich. Vgl. auch Hygin. p. 179, v. 13 sq. Rudorff a. a. O. p. 438. Res sancta ist der limes aber allerdings als öffentliche Anstalt. Vgl. Puchta Inst. II, p. 523.

37) Hygin. de generib. controv. p. 129, v. 12 sq.; p. 130, v. 1—19. Rudorff a. a. O. p. 442 ff., No. 76. L. 2, §. 6 D. pro emt. 41, 4.

38) Vgl. Rudorff a. a. O. p. 438—440. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. X, p. 356 ff.

39) Rudorff a. a. O. p. 437.

40) S. Unterholzner a. a. O. §. 58.

phasen durchzumachen gehabt hat, wie die Bestimmungen über die Ersitzung des fiscalischen und des kaiserlichen Privatvermögens. Eine Usucapion soll hier gleichfalls nicht Statt haben können. Einer darauf bezüglichen Gesetzesstelle sind wir bereits oben begegnet, dem neunten Fragment unseres Titels. Eine besondere Anwendung von der dort gegebenen allgemeinen Vorschrift treffen wir an in:

> L. 9 C. de aquaeduct. XI, 42. Imp. Zeno Augustus Sporatio. Diligenter investigari decernimus, qui publici ab initio fontes — ad privatorum usum conversi sunt — ut jus suum regiae civitati restituatur, et quod publicum fuit aliquando, minime sit privatum, sed ad communes usus recurrat; — nec longi temporis praescriptione ad circumscribenda civitatis jura profutura (s. l. et cos.)[41]).

Zweifelhaft ist es dabei aber, und wir haben bereits oben im Vorbeigehen diesen Punkt berührt, ob unter diesen res publicae bloß diejenigen zu verstehen seien, quae in publico usu habentur, oder das gesammte Eigenthum der städtischen Communen[42]). Die Zusammenstellung mit den res sacrae und sanctae, und namentlich in Bezug auf das Justinianische Recht der Ausdruck „populi Romani", womit man kaum noch den Staat als Inhaber des Fiscus bezeichnen durfte, scheinen für die erste Alternative zu sprechen. Die außerdem etwa angeführten Beweisstellen lauten noch unbestimmter[43]). — Wie dem nun aber auch sei, so viel steht jedenfalls fest, die der Benutzung der Einwohner

---

41) Vgl. über diese Constitution Jordans de aqua impetrata. Bonnae 1834. p. 46.

42) Vgl. v. Vangerow Pand. §. 317, Nr. 4, p. 661. Für die erstere Alternative entscheidet sich u. A. Burchardi a. a. O. Bd. II, p. 435, Nr. 7.

43) Vgl. Fritz Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim. Freib. 1834. Bd. I, p. 327. Den meisten Schein hat noch L. 12, §. 2 D. de Publ. 6, 2 für sich; darnach würden alle agri vectigales von der Ersitzung frei sein. Allein im weitesten Sinne gehört dahin der ganze Provinzialboden, der ja dem vectigal oder stipendium unterworfen ist (vgl. Puchta Inst. Bd. I, §. 68, p. 257, 258) und darum auch ager vectigalis genannt wird. Vgl. Hygin. de limit. const. p. 204. v. 16 und dazu Puchta Inst. II, p. 717, Note d. Rudorff a. a. O. p. 292, Note 160; s. auch Cic. in Verr. III, 3, 7. In diesem Sinne könnte allenfalls auch hier der Ausdruck gebraucht sein. Wahrscheinlicher noch ist es, daß daneben des ager stipendiarius erwähnt wurde, was die Compilatoren dann gestrichen haben. Von Erbpacht wäre darnach hier gar nicht die Rede. L. 2 C. ne rei domin. VII, 38 scheint von Besitzern im bösen Glauben zu handeln (iniqui comparatores). Vgl. übrigens Fritz a. a. O.

frei gegebenen Gegenstände, die zu dem Stadtgute gehören, können nicht ersessen werden. Zu denjenigen Sachen, welche ausschließlich unter dem Einflusse des öffentlichen Rechtes stehen, sind sie offenbar nicht zu zählen. Publici appellatio — sagt Gaius in L. 16 D. de V. S. 50. 16 — in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur. Nur uneigentlich wird das städtische Vermögen mit dem Ausdrucke „bona publica“ belegt.

> L. 15 D. de V. S. 50. 16. Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt. (Ulp, L. X ad Ed.)

und daß dieß auch noch von den gemeinnützigen Communalanstalten gilt, wie von Wegen u. s. w., thut die oben (Note 36) mitgetheilte Stelle des Hyginus dar, in welcher die actuarii limites der via publica entgegengesetzt werden[44]). Es möchte deshalb auch schwerlich zu vertheidigen sein, wenn man diese res publicae civitatum ohne Weiteres für Sachen erklärt, die außerhalb des Privatrechtsverkehres ständen[45]). Woher nun also die gleiche Behandlung derselben mit den eigentlichen res publicae, deren jene nicht nur in Bezug auf die Usucapion, sondern auch in mannigfachen anderen Verhältnissen theilhaftig werden sollen[46])? Es hat dieß auf der einen Seite etwas um so Befremdenderes, als die juristische Persönlichkeit der Städte ausschließlich innerhalb des Gebietes des Privatrechts geschaffen zu sein scheint, ohne daß man hierbei an eine so unmittelbare Einwirkung des öffentlichen Rechtes zu denken hätte, als sie bei der Constituirung des Fiscus Statt fand, wo es sich nur darum handelte, das herrschende Element in eine dem beherrschten entsprechende Form zu kleiden. Betonen doch unsere Quellen gerade die private Natur der Communen im Unterschiede von dem Staate auf das Nachdrücklichste. Dennoch wird man sich andererseits der Wahrnehmung nicht verschließen können, daß Gemeindeleben und Gemeindeverfassung, und damit auch das Gemeindevermögen eine von dem Civilrechte unabhängige Existenz beanspruchen dürfen, daß sie diese unbedenklich ihrer Zeit

---

44) Vgl. L. un. §. 7 D. ut in flum. publ. 43, 14. L. 2, §. 21—23 D. ne quid in loc. publ. 43, 8. L. 3 pr. de loc. et itin. publ. 43, 7.

45) Wie z. B. Puchta Pand. §. 35, p. 50. Richtiger beschränkt Arndts Pand. §. 49 diesen Begriff auf die zu öffentlichem Gebrauche bestimmten, im Eigenthume des Staates befindlichen Sachen.

46) Vgl. z. B. L. 17 D. V. S. 50, 16. L. un. §. 7 cit. al.

in noch höherem Maße als später gehabt haben, und daß demnach die Fiction einer juristischen Persönlichkeit auch hier nur ein Act ist, in welchem die Brücke von dem Factischen zu dessen innerem Verständniß geschlagen wurde. Die Grundlage, auf welche das Privatrecht sich dabei stützte, war wiederum die Anerkennung staatsrechtlicher Normen und Beziehungen. Zwar ist der Römische Staat sehr viel exclusiver als der heutige; unabhängige Glieder in seinem Bereiche zu dulden, fiel ihm schwer, und diesem Zuge folgend, hat er denn auch schließlich das Gemeindeleben ziemlich vollständig vertilgt. Aus selbständigen Corporationen wurden die Städte je mehr und mehr zu bloßen Verwaltungsstellen des Staats herabgedrückt[47]). Natürlich ging damit die Neigung Hand in Hand, das städtische zu fiscalischem Eigenthum umzuwandeln[48]), wenigstens kann es darnach nicht auffallen, wenn man rechtlich beide einander näher brachte, oder genauer gesprochen, die Bevorzugungen, welche jenes mit diesem schon längst getheilt hatte, unangetastet ließ. Ueberall nämlich fanden die Römer bei ihren Eroberungen schon ein entwickeltes Gemeindeleben in den unterworfenen Ländern vor, und besonders war dieß in Italien der Fall, dessen Städte zum größeren Theile vorher selbständige Staaten gebildet hatten[49]). Ihre Güter waren daher wohl bis dahin eben so wenig als die des Römischen Volkes dem jus privatum und insbesondere der Usucapion unterworfen gewesen: eine Exemtion, die dann eben auch fernerhin fortbestand. — Die Grundstücke der Provincialorte waren ohnehin des Quiritischen Eigenthums unfähig, und an beweglichen Sachen mochte ihr Vermögen in der Regel nicht allzureich sein, so daß das Vorrecht der res civitatum doch eben nur für Italien von größerer Bedeutung sein konnte[50]). Allein wie stand es mit der praescriptio longi temporis? Wir besitzen darüber eine vielfach gedeutete Stelle des Paullus:

Recept. sentent. Lib. V, Tit. 2, §. 4. Viginti annorum praescriptio etiam adversus rem publicam pro-

---

47) S. Puchta Inst. Bd. I, p. 411, 592 ff.

48) Lehrreich ist hier namentlich das Recht der viae publicae. Vergl. Schmidt Abhandl. Jena 1841. p. 191, 192.

49) Vgl. Puchta Institut. Bd. I, §. 60, p. 216 f.; §. 62, p. 232 ff.; §. 69, p. 259; §. 94, p. 412.

50) Außerdem freilich noch für die mit dem jus Italicum bewidmeten Städte in den Provinzen.

dest ei, qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est. Actio tamen quanti ejus interest adversus eos reipublicae datur, qui ea negotia defendere neglexerunt [51]).

Wenn man nun gleich mehrfach die Behauptung aufgestellt hat, es sei ohnehin zu erwarten, „daß in dieser Hinsicht das Recht der usucapio auch für die longi temporis praescriptio gilt" [52]), so ist unseres Erachtens dabei der historische Entwickelungsgang der letzteren zu wenig in Betracht gezogen. Aus theoretischen Gründen läßt sich, glauben wir, diese Frage nicht entscheiden, und zwar nicht bloß, weil die frühere staatliche Existenz der einzelnen Städte mehr und mehr in Vergessenheit gerieth, sondern zugleich, weil die hier in Rede stehenden Verhältnisse selbst uns eine doppelte Seite darbieten, von denen die eine zwar erst allmälig hervortrat, dann aber die andere, bis dahin überwiegende, ihrerseits völlig zurückdrängte. Ihrem ursprünglichen Character nach war nämlich die praescriptio eine Einrede, ein processualisches Institut. Vermöge dessen war ihre Wirksamkeit dem Staate gegenüber nicht gehemmt. In der Anstellung einer Klage durch den Fiscus darf man nicht bloß eine Aeußerlichkeit sehen, in deren Folge, ähnlich wie bei der Herrschaft desselben über Sachen dieß im Grunde publicistische Dominium mit einer privatrechtlichen Form überkleidet und hinter ihr versteckt wurde, so auch hier dem Kern und Wesen der Dinge nur eine fremde Hülle übergeworfen wäre. Vielmehr geht im vorliegenden Falle die Annäherung an das Civilrecht nicht wie dort von diesem, sondern lediglich vom Staate aus. In dem Eintritt in eine Obligation, und eine solche liegt ja in gewisser Weise in jedem Processe verborgen, ist die Gleichberechtigung beider Contrahenten von ihnen selbst unbedingt anerkannt. Der Staat begiebt sich damit freiwillig unter die Botmäßigkeit des Privatrechtes, und dieß um so mehr, als von einem gegen ihn geübten Zwange gewiß nicht gesprochen werden kann, da es ihm doch unbenommen war, die Zwecke, denen er klagend nachging, auch in den ihm eigenthümlichen Wegen und Formen zu verfolgen. Mit einem

---

51) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 45, p. 155, Note 161. Puchta Inst. Bd. II, §. 239 a. E. p. 665, Note aaa. Weitere literarische Nachweisungen siehe bei v. Vangerow Pand. §. 317, Nro. 4. Vgl. noch L. 1 C. de praescript. l. t. VII, 33 und dazu Unterholzner a. a. O. p. 194.

52) S. Unterholzner a. a. O. p. 192, und §. 45, p. 154.

Worte, die Benutzung jeglichen Rechtsmittels zeigt nicht die Ueberordnung über das seine Hülfe gewährende Recht, sondern die volle Unterwerfung unter dasselbe an. Und so muß denn auch hier der Staat die privatrechtlichen Grundsätze in ihrem ganzen Umfange gegen sich gelten lassen[53]). Höchstens könnte man noch an einen indirecten Einfluß denken, den die höhere Berechtigung desselben dabei geübt hätte. Dann hört aber in der That alle Nothwendigkeit auf, welche den einzelnen Rechtsbestimmungen ein festes Gesetz vorschriebe und sie einem in sich zusammenhängenden, organischen Verbande einfügte. Das Zugeständniß einer wesentlichen Bevorzugung ist nunmehr bloße Sache der Zweckmäßigkeit. Daher sind denn auch im Allgemeinen die Klagen des Fiscus gegen Private nicht weiter begünstigt. — Ein zuverlässiges Princip für eine befriedigende Erklärung des angeregten Zweifels werden wir mithin auf diesem Boden vergeblich suchen. Dazu kommt nun aber zweitens noch, daß die Präscriptio selbst ihre Natur mit der Zeit veränderte. Aus einer einfachen Einrede bildete sie sich nach und nach zur wirklichen Ersitzung um[54]). Damit wurden denn aber die betreffenden Gegenstände unmittelbar dem Rechte entzogen, unter dem sie sich bis dahin befunden hatten, während die Beseitigung einer Klage durch eine Einrede jenes selbst in seinem Bestande unangetastet läßt, sein Vorhandensein sogar ausdrücklich anerkennt, und nur die gerichtliche Verfolgung desselben versagt. Erlangte demnach die Präscriptio in ihrer späteren Ausbildung auch dem Staate und beziehentlich den einzelnen Städten gegenüber Kraft, so würde dieß immer eine noch innigere Verbindung und Verschmelzung ihres Rechtes mit dem Privatrechte voraussetzen. Befremdend kann das freilich nicht sein, indem die Erinnerung an die hervorragende Stelle, welche die Städte einstmals eingenommen hatten, dem Gedächtnisse allmählig entschwinden mußte, obwohl andererseits das Aufgehen derselben in dem Staate und also die Annäherung an sein Recht damit ebenfalls gleichen Schritt hielt. Wir sehen mithin eine Menge einander widerstrebender, sich wirr durchkreuzender Elemente vor uns, von

---

53) Daraus ist wohl auch die Möglichkeit der Ersitzung von **bona vacantia nondum nuntiata** zu erklären, während die eigentlichen **res fiscales** der Usucapion entzogen sind. Vgl. **§. 9 J. h. t. II, 6** und dazu **Schrader Comm. ad h. §.**

54) Vgl. **L. 52 D. A. R. D. 41, 1. L. 8 pr. C. de praescr. 30 vel 40 annor. VII, 39.**

denen unter steter Bewegung bald das eine, bald das andere das Uebergewicht zu erhalten scheint. Welchem derselben es bleibend zufällt, hängt einzig davon ab, in welchem Augenblicke eine mächtig waltende Hand herniedersinkt und dem wechselvollen Getriebe schließlich Stillstand gebietet, oder wann die erschöpften Kräfte von selbst zur Ruhe mahnen, oder endlich, welchen Moment wir für unsere Betrachtung herausheben und festhalten wollen. In höherem oder geringerem Grade fanden wir dieselbe Erscheinung ja bei allen objectiven Usucapionsverboten vor. Wir sind also gezwungen, zu den positiven Zeugnissen zurückzukehren, um einen genügenden Aufschluß über die thatsächliche Gestaltung der uns hier beschäftigenden Verhältnisse zu gewinnen. Was nun zunächst die mitgetheilte Stelle aus den Sentenzen des Paullus anlangt, so sehen wir keinen Grund ab, derselben die von Unterholzner[55]) beliebte Beziehung auf Pfandansprüche unterzulegen, welche die Stadt geltend machen wolle. Es wird darin nur ganz allgemein die praescriptio viginti annorum[56]) den Communen gegenüber für zulässig erachtet; von dem Gegenstande, auf den sich die Präscriptio erstrecke, schweigt der Jurist gänzlich. Wir haben in unserm Texte selbst also keine Veranlassung — und dieser Ansicht ist schon v. Vangerow[57]) — ausschließlich an eine bestimmte Art der Ersitzung zu denken. Die Natur der Sache nöthigt uns eben so wenig dazu, und von anderweitigen Nachrichten sind wir vollständig entblößt. Ueber L. 2 C. ne rei domin. VII, 38 ist schon oben[58]) gesprochen worden. Die von Unterholzner noch herangezogene L. 6 C. de operib. publ. VIII, 12 handelt von der Verjährung gegen Polizeigesetze. L. 9 C. de aquaed. XI, 42 enthält allerdings die ganz unzweideutige Bestimmung, daß durch longi temporis praescriptio an den zu Constantinopel gemeinsam benutzten Quellen kein ausschließendes Recht erworben werden solle. Jedoch wird wohl Niemand aus dieser von Kaiser Zeno (474 bis 491) erlassenen Constitution und überhaupt aus keiner der

---

55) S. oben Note 51.

56) Wegen der zwanzig Jahre, deren Paullus hier ausschließlich erwähnt, vgl. Unterholzner a. a. O. §. 84, p. 272.

57) Pand. §. 317, Nro. 4. Er legt dabei einen besonderen Nachdruck auf das Wort „Präscription". Soll sie dadurch bloß der Usucapion gegenübergestellt werden, so hat das seine Richtigkeit; soll sie aber den Gegensatz gegen den Begriff der Ersitzung überhaupt bilden, also lediglich als Einrede zu verstehen sein, so vermögen wir dem doch nicht ohne Weiteres beizustimmen.

58) S. Note 43.

citirten Coderstellen einen Rückschluß auf das zu Paullus Zeit geltende Recht machen wollen. Ueberdieß scheint es fast, als ob in der gedachten Verordnung der Hauptstadt für diesen besonderen Fall ein ganz neues Privilegium ertheilt werden solle. Daß derartige Rechtsveränderungen nun später noch mehrfach eingetreten seien, haben wir ja auch nicht geläugnet. — Ebenso wie wir neben dem Paragraphen der Sentenzen keine Beweisstelle wider die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio antreffen, begegnen wir außerdem auch nirgends einer Aeußerung, welche darauf deutete, daß man sich dafür entschieden habe. Denn L. 15, §. 27 D. damn. inf. 39, 2 kann nur zu der Erörterung führen, in wiefern der Magistrat befugt war, vermöge seines Imperium der Stadt ihr Gut zu entziehen. Hat man dieß einmal zugestanden, so rechtfertigt sich nicht bloß die longi temporis praescriptio, sondern auch die Usucapion derselben von Seiten des Eingewiesenen aus den von Unterholzner[59]) angegebenen Gründen genugsam. Das Grundstück gehört nur noch dem nudum jus Quiritium nach der Commune an und kann deshalb auch nicht mehr als ein Bestandtheil des Gemeindevermögens betrachtet werden. — Wir haben es bereits eingeräumt, daß man nachmals noch von dem für den Beginn des dritten Jahrhunderts nachgewiesenen Rechtszustande abgewichen sein, daß man die longi temporis praescriptio auch auf städtisches Eigenthum für unanwendbar erklärt haben möge. Dafür läßt sich wenigstens die Aufnahme der gedachten Constitution des Kaiser Zeno in den Justinianischen Codex anführen, der dadurch eine allgemeinere Bedeutung beigelegt wurde. Vielleicht mit noch größerem Gewichte dürfte die Einreihung der L. 9 D. cit. unter die Pandectenfragmente dafür sprechen, wonach die Usucapion bei den res publicae civitatum nicht Statt haben soll. Denn diese Stelle bloß von beweglichen Gegenständen zu verstehen, wie Schilling[60]) es thut, ist gewiß eine reine Willkürlichkeit, da ein innerer Grund für die verschiedene Behandlung von Mobilien und Immobilien schwerlich ausfindig zu machen sein möchte, ja selbst eine Unmöglichkeit, wenn man wie wir oben (p. 111, 112) diese Auffassung vertheidigten, unter jenen res publicae nur die dem öffentlichen Gebrauche anheim gegebenen begreift, oder sie doch mit einschließt, indem diese vorzugsweise Gebäude, Plätze,

59) A. a O. §. 58, p. 193, 194.

60) Bemerk. über R. Rechtsgesch. p. 400 ff.

Straßen und Brunnen waren. Ueberhaupt ist aber die Schillingsche Meinung aus dem unserer Ansicht nach unhaltbaren Bestreben hervorgegangen, die zerstreuten Nachrichten über unseren Gegenstand, obgleich sie weit aus einander liegenden Zeiträumen entstammen, in volle, gegenseitige Uebereinstimmung zu bringen. Eher könnte eine Ungewißheit darüber zurückbleiben, ob jene Bevorzugung nicht auf die res publicae im engeren Sinne zu beschränken sei. Darüber uns noch weiter zu verbreiten, will uns hier nicht am Orte dünken, indem Alles dabei von einer positiv durchgreifenden Vorschrift abhängen würde, welche für die Darstellung des in unserer Lehre herrschenden Grundgedankens offenbar nicht von näherem Interesse sein kann. Einzig das ließe sich daraus entnehmen, welcher von den mehrfachen hier möglichen Gesichtspunkten im Justinianischen Rechte maßgebend geworden sei, obwohl man auch darin weniger den Sieg eines in sich streng geschlossenen Principes und die endliche Abklärung der durch einander gährenden Kräfte, als eine zufällige Begünstigung erblicken darf. Schon das unstäte Schwanken der dahin einschlagenden Gesetzgebung dieses Kaisers[61]) giebt zu erkennen, wie sie auch hier zu einer einheitlichen Vollendung nicht gediehen ist. Jedenfalls steht so viel fest, daß in Betreff der außerordentlichen Ersitzung, bei welcher im Uebrigen ganz die Verhältnisse der longi temporis praescriptio wiederkehren, Justinian der privatrechtlichen Betrachtungsweise den Vorrang eingeräumt hat. Ihr sind alle Sachen in commercio unterworfen.

Noch in höherem Grade, als die Fälle, welche wir bisher kennen gelernt haben, tragen die beiden folgenden den Schein eines persönlichen Vorrechtes des Eigenthümers an sich, dessen Grund in einer billigen Rücksichtsnahme auf die besondere Individualität des letzteren, nicht aber in dem inneren Zusammenhange des Rechtsgesetzes zu suchen ist. Das Usucapionsverbot der unbeweglichen Sachen von Kirchen und milden Stiftungen, soweit es sich dabei um die dreißigjährige Ersitzung handelt, an deren Stelle eine vierzigjährige gegeben ist[62]),

---

61) Vgl. L. 23 C. de sacros. eccles. I, 2, Nov. 111. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 155, 156.

62) Nov. 111, c. 1. N. 131, c. 6. Vgl. Unterholzner, Bd. I, §. 41, p. 144 ff. sowohl darüber, daß in den angeführten Gesetzen nur von der Vertauschung der dreißig- mit einer vierzigjährigen Verjährung und respective Ersitzung die Rede ist, als auch in Betreff des Umstandes, daß in Nov. 131, cap. 6

wird von Justinian selbst darauf gegründet, ut inter divinum publicumque jus et privata commoda competens discretio sit[63]), wobei an ein eigenthümliches Rechtssystem, welches die Immobilien der Kirchen umfaßt hätte, wie das alte Sacralrecht ein solches war, natürlich nicht gedacht werden kann. Noch deutlicher geht die ganze Lage der Dinge hervor aus Nov. 111. c. 1 Unde quia largitati nostrae causarum non occurrit angustia, cum ratione simul ac religione tractantes praedictum privilegium ect, wo diese Bestimmung geradezu ein der kaiserlichen Liberalität entsprossenes Privilegium genannt, und als deren Motiv dann die „religio“ angeführt wird. Für das allerdings sehr bestrittene Usucapionsverbot von Sachen Minderjähriger verweist die Verordnung, in welcher dasselbe enthalten sein soll, L. 5 C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. II. 41. ausdrücklich auf den „favor imperfectae aetatis.“

Es giebt nun aber auch eine Anzahl von Usucapionshindernissen, welche lediglich auf dem Boden des Privatrechts aufgewachsen sind. So begegnen wir zunächst denjenigen, welche der Ersitzung gestohlener und geraubter, von einer Frau ohne Vollwort ihres Vormundes veräußerter Sachen — nur die res nec mancipi sind nichts desto weniger usucapionsfähig — wie der an einen Beamten wider die Lex Julia repetundarum überlassenen Gegenstände im Wege liegen. Wie kam nun das Privatrecht dazu, solche Einschränkungen aufzustellen, der Macht des sich selbst gewährenden Willens solche Grenzen zu setzen? Fast scheint es, wenigstens wenn wir von den Resultaten der obigen Entwickelung ausgehen, und von da aus weiter schließen dürfen, wo derartige Verbote von einem höheren Recht oder überwiegender Billigkeit gefordert wurden, als müßte das Privatrecht sich hier selbst spalten und der eine Theil über dem anderen stehen, oder der Anlaß für die Bildung auch dieser Rechtsregeln im Hinblick auf äußere Thatumstände gefunden werden. Allein eine solche Doppelung des Privatrechtes hat in sich etwas Widersprechendes. Es kann ein Rechtssatz immer nur vermöge seiner logischen Ueberordnung und Tragweite, nicht aber

---

und ebenso bei Eustathius αἱ ῥοπαί c. 42, No. 8. Ed. Zachariae, Heidelb. 1836 neben den dreißig auch noch zehn und zwanzig Jahre als unschädlich erwähnt werden. S. bes. §. 41 a. E. p. 147.

63) L. 23 C. de sacros. eccles. I, 2.

in Folge höherer Wirksamkeit und Energie über den anderen sich erheben. Auf dieß logische oder, wenn man lieber will, organische Verhältniß müssen wir demnach auch hier zurückkehren. Denn die Berufung auf die Billigkeit, welche wir noch gegenwärtig bei den meisten unserer Rechtslehrer [64]) zur Begründung der erwähnten Ausnahmen antreffen, möchte unseres Erachtens hier nicht ganz an ihrem Platze sein. Einmal nämlich pflegt erst die spätere Kaiserzeit sich durch derartige Rücksichten zu so einschneidenden Maßregeln wie die vorliegenden bestimmen zu lassen, während der objective Makel, welcher die gestohlenen Gegenstände behaftet, noch über die Gesetzgebung der XII Tafeln hinaufreicht. Und überhaupt entspricht diese Beachtung individueller Zustände wohl eher dem prätorischen als dem Civilrechte. Freilich könnte man dagegen gerade wieder einwenden, daß wir es dabei nicht sowohl mit concreten, einzelnen Persönlichkeiten, als mit ganzen Klassen derselben, den bestohlenen, beraubten u. s. w. Eigenthümern zu thun haben, so daß man in diesen Rechtsnormen fast mehr eine Begünstigung des Eigenthums als der Eigenthümer zu erblicken gedrungen sei. Jenes soll da nicht verloren gehen, wo dessen Verfolgung mit factischen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, welche diese oft genug völlig unthunlich machen. Jedoch möchte sich solch eine Auszeichnung eben wegen ihrer Allgemeinheit kaum noch als Aeußerung einer Billigkeit betrachten lassen, welche ohne die Auffassung des ganzen Rechtsinstitutes zu berühren, nur äußerlich neben derselben herginge und deren allzu scharf in die reellen

---

64) Zwar finden sich dem Ausdrucke nach unter unseren Juristen bedeutende Verschiedenheiten über diesen Punkt. Während die Einen wie Puchta, Pand. §. 158, Not. i das Usucapionsverbot „zu Gunsten des Eigenthümers gegeben“ sein lassen, oder umgekehrt mit Donellus l. l. Lib. 5, cap. 24, §. 4 sagen, es sei „odio furum“ eingeführt, auch wohl wie Cujacius ad L. 4, §. 6 D. h. t. Recit. in Lib. 54 Paull. ad Ed Beides mit einander verbinden, heißt es bei Anderen „Gewisse Sachen sind aus objectiven Gründen ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Eigenthümer von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen.“ S. Arndts Pand. §. 162, p. 225. Vgl. v. Wening-Ingenheim Civil. R. Bd. I, §. 131, p. 322. v. Vangerow Pand. §. 317 B, p. 665. In der That läuft aber Beides auf dasselbe hinaus. Wer die Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers leugnet, meint damit nur die Rücksicht auf seine höchstpersönlichen Eigenschaften, nicht auf seine Stellung als Eigenthümer. So kann denn Lauterbach die Usucapionshindernisse in solche eintheilen, welche „ob rei qualitatem“ und solche, welche „ob possessoris favorem“ eintreten, das Ersitzungsverbot der res furtivae der ersten Klasse zuzählen und dann doch fortfahren; Si enim res a furibus alienari et alienatae usucapi possent, fenestra furtis non coërcendis aperiretur latissima. (Colleg. Pand. h. t. Nro. XX).

Gestaltungen des täglichen Lebens hinüberragenden Spitzen abschliffe. Vielmehr würden darnach die genannten Usucapionsverbote schon als Ergebnisse aus der Gesammtanschauung der Ersitzung, mithin als natürliche Folgerungen aus dem unsere Lehre beherrschenden und tragenden Gedanken sich darstellen[65]). Allein — und dieß ist unser zweiter Gegengrund wider die in Rede stehende Ansicht — damit wäre nicht in die Person des Ersitzenden sondern in die des derzeitigen Eigenthümers der Ausgangspunkt für die Beurtheilung und Entwickelung der einzelnen Rechtssätze in dieser Doctrin verlegt. Man würde mit anderen Worten die Usucapion nicht als Eigenthumserwerb, sondern als **Eigenthumsverlust ansehen, da doch die gegenwärtige Untersuchung uns überall auf die entgegengesetzte Betrachtungsweise geleitet** hat. — In Wahrheit läßt sich nun aber auch aus dieser eine genügende Erklärung für das besondere Recht der res furtivae, der res vi possessae u. s. w. erzielen. Um nämlich bei diesen beiden Fällen zunächst stehen zu bleiben, so ist eine Sache, welche widerrechtlich durch Diebstahl oder Gewalt ihrem Herrn entzogen wird, dadurch genau genommen, gänzlich aus dem Vermögensverkehre herausgerissen. Es giebt keine entschiedenere Verneinung desselben als Diebstahl und Gewalt. Man lasse sich nicht dadurch täuschen, daß diese Delicte dennoch vermögensrechtliche Folgen haben. Diese Folgen zielen nur auf den einen Zweck ab, den früheren Vermögensstand wiederherzustellen; wenigstens liegt das, was darüber hinausgeht, in gewisser Hinsicht selbst außerhalb der Grenzen des Privatrechts. Die gesammte Ersitzung ist nun aber

---

65) Recht und Billigkeit sind relative Begriffe. Es kommt dabei ganz darauf an, welchen Standpunkt das Recht selbst wählt, ob den bloß formellen, wobei unter „der Tyrannei der todten Regel" eine „Rechtsfrage wie ein Rechenexempel gelöst" wird, oder den materiellen, von dem aus denn doch die Lebensverhältnisse wenigstens im Großen und Ganzen gebührende Berücksichtigung finden, natürlich aber auch auf die Gestaltung der Rechtsidee zurückwirken. Unter der ersten Voraussetzung ist schon das Letztere Billigkeit, gehen wir dagegen von der zweiten Alternative aus, so zeigt sich die Billigkeit in der Anerkennung der besonderen Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles. So vertritt das prätorische Edict dem jus civile gegenüber die aequitas, erhebt sich aber in der Aufstellung allgemeiner Regeln selbst zum jus honorarium und drängt jene in gewisse Institute wie die in integrum restitutio u. s. w. zurück. Sonach müßte denn schon in den XII Tafeln jene praktische Betrachtungsweise, jene Vermittelung zwischen dem starren Principe und der seiner Durchführung widerstrebenden Macht der Dinge einen überwiegenden Einfluß gewonnen haben, wenn die betreffende Regel in der angegebenen Weise zu erklären wäre. Eine Annahme, die dem damaligen Charakter des Römischen Rechts gewiß nicht entspricht.

eine Rechtsbildung, welche ausschließlich auf dem Vermögensverkehre beruht. Ihr letzter Grund besteht nicht etwa in dem bloßen Habenwollen jedes beliebigen Individuums, sondern in dem Herrschaftswillen des vermögensrechtlichen Subjectes. Die Usucapion kann daher auch einzig auf dem Gebiete des Vermögensrechtes und seines factischen Substrates, des Vermögensverkehres ihren Einfluß äußern[66]. So kehrt auch diese scheinbare Ausnahme auf die Grundidee der Ersitzung zurück. Dennoch bedurfte es einer ausdrücklichen Sanction des betreffenden Rechtssatzes, nicht bloß, weil man schon in der weiteren Veräußerung der entwendeten Sache durch den Dieb deren Wiedereintritt in den täglichen Handel und Wandel hätte finden können — allerdings wurden auch hierüber nach den uns erhaltenen Nachrichten[67] besondere Vorschriften in das Gesetz aufgenommen, worin Manche[68] gerade die Veranlassung der Lex Atinia sehen — sondern mehr noch, weil nicht schon die logische Entwickelung des Rechtsbegriffes allein zu einem solchen Resultate führt, weil man vielmehr über diesen zurückgreifen muß, und erst aus der Betrachtung des Fundamentes für alles Vermögensrecht die Unzulässigkeit der Usucapion unter den obwaltenden Umständen sich ergiebt[69].

Damit wäre nun zwar dargethan, daß die von uns vertheidigte Auffassung möglicher Weise allerdings die richtige sein könnte. Selbst einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit wird man ihr nicht absprechen dürfen, indem schon der Nachweis, wie von einem bestimmten Gesetze aus der ganze Körper sich organisch gliedere, und immer ein Theil an den anderen sich passend anfügen lasse, von vorn herein für die Wirklichkeit eben jenes Ge-

---

66) Möglich, daß bereits Perez Prael. in Cod. VII, 26, Nro. 4 einen ähnlichen Gedanken hatte, wenn er schreibt: Res quoque mobiles vitio furti affectae et immobiles vi possessae non usucapiuntur, quia istarum rerum non est commercium.

67) L. 4, §. 6 D. h. t. 41, 3. L. 215 D. de V. S. 50, 16, vgl. L. 33 pr. D. h. t.

68) Vgl. Cujacius l. l. ad L. 4, §. 6 D. h. t. Vinnius ad §. 2 J. h. t. p. 244. Schilling, Instit. a. a. O. p. 560. Huschke a. a. O. p. 257 u. A. m. Etwas zweifelhafter drückt sich Unterholzner aus (Eine freilich immer etwas gewagte Vermuthung Bd. I, p. 197). A. M. Dirksen XII. T. p. 592. Die erstere Ansicht würde voraussetzen, daß zur Zeit der Decemvirn die Usucapion auf Grund des in bonis habere noch von sehr untergeordneter Bedeutung gewesen ist, indem sich sonst wohl eher das Bedürfniß fühlbar gemacht hätte, formlosen Veräußerungen der zum Eigenthümer zurückgekehrten res furtivae ergänzend nachzuhelfen.

69) Vgl. oben p. 46, 47.

setzes spricht. Allein mit einer solchen, noch jedes festen Haltes entbehrenden Möglichkeit wird sich Niemand für befriedigt erklären; er wird das unabweisbare Bedürfniß nach einer mehr positiven Begründung des angedeuteten Zusammenhanges empfinden. Zu dem Ende können wir nun einmal eine Anzahl äußerer, übrigens hinlänglich beglaubigter Mittheilungen benutzen, welche erst unter dieser Voraussetzung ihre volle Klarheit empfangen, theilweise auch noch unmittelbarer für uns Zeugniß ablegen.

Wir möchten uns zuvörderst bereits auf den Wortlaut der Lex Atinia berufen, obgleich wir nicht verkennen, daß man auf den ersten Blick vielleicht eher geneigt ist, ihn gegen uns auszubeuten. Gellius hat uns ein Stück daraus aufbewahrt:

> Noct. Att. Lib. XVII. c. 7. §. 1. Legis veteris Atiniae verba sunt: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto.

Hier, könnte man nun sagen, wird ja der Gewähr des früheren Besitzers eine unvergängliche Dauer verliehen; mithin scheint es doch, als sei die Rücksicht auf seine Person für die ganze Bestimmung maßgebend gewesen. Man hätte sonst wohl eher an die Inhabung des nachmaligen Erwerbers angeknüpft und ihr die rechtserzeugende Kraft abgesprochen. — Allein wenn man nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit der juristisch nothwendigen Gestaltung der Dinge Zwang angethan hätte, so wäre in Wahrheit die auctoritas keine aeterna gewesen, sondern man würde bei der eisernen Herrschaft der formellen Consequenz im Römischen Rechte[70]) höchstens die Sache so haben behandeln können, als ob jene Gewähr noch fortexistire. Denn daß eine solche Begünstigung des Eigenthümers mit dem höchsten, obersten Principe der Römischen Usucapion nicht im Einklang stehe, mindestens keine selbstverständliche Folgerung aus demselben sei, ist aus unserer Erörterung leicht zu entnehmen und auch schon oben ausdrücklich bemerkt worden. Indem also die Gesetzesworte geradezu die Fortdauer der auctoritas bekunden, sagen sie uns, daß dieß eine Forderung der rechtlichen und logischen Folgerichtigkeit gewesen sei, und daß man daher nicht nach äußerlichen, oder doch

---

70) Vgl. Ihering, Geist des Röm. Rechts p. 301 ff. und die Charakteristik bei **Mommsen**, Röm. Gesch. Bd. I, Lpzg. 1854, p. 110, — „es ist, als fände das Recht eine Freude daran überall die schärfsten Spitzen zu bezeichnen, die äußersten Consequenzen zu ziehen, das Tyrannische des Rechtsbegriffs gewaltsam dem blödesten Verstande aufzudrängen."

wenigstens außerhalb des eigentlichen Rechtsgedankens liegenden Gründen zu suchen habe, um das Usucapionsverbot der res furtivae zu erklären.

In Uebereinstimmung hiermit spricht sich Gaius folgender Maßen darüber aus:

> Inst. II. §. 45. Set aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, nunquam tamen illi usucapio procedit, velut si qui rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia.

Von besonderer Bedeutung sind hier die Worte „nunquam tamen illi usucapio procedit," worin die Ersitzung als eine fortschreitende gedacht[71]) und zugleich die Möglichkeit dieses Fortschreitens geleugnet wird. Geht man nämlich von der durch uns bekämpften Anschauung aus, so könnte man bloß die Vollendung der Usucapion in Abrede stellen, denn diese auszuschließen fordert eben das Interesse des Bestohlenen, nicht aber den gutgläubigen Besitz des Dritten in allen seinen Momenten als zur Ersitzung ungeeignet ausgeben.

Auch die Geschichte des Usucapionsverbotes der res vi possessae deutet auf einen solchen Zusammenhang hin. Ob dasselbe mittelbar schon in den XII Tafeln enthalten gewesen sei, sofern man damals auch gewaltsam in Besitz genommene Grundstücke zu den res furtivae rechnete, ist eine Streitfrage, deren Erledigung uns hier nicht obliegt, und über die bereits oben das Nöthwendigste gesagt ist[72]). Endgültig sprach die Lex Plautia für den

---

71) Anderer Meinung ist Puchta, Kl. civ. Schriften p. 44. Ihm bezeichnet usucapio den Moment des Eigenthumserwerbes durch den Besitzer. Darnach könnte man freilich in ihr nicht verschiedene Augenblicke auseinander halten. Dieß widerlegt sich aber schon durch die Legaldefinition der Ersitzung „usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis" und Stellen wie Cic. de legib. II, c. 20 aut si majorem pecuniae partem capiat — vgl. dazu v. Scheurl, Beitr. Bd. II, p. 49.

72) Siehe p. 79 a. Anf. Einiges Bedenken könnte nur Gai. Inst. II, §. 49 erregen, wo als Quelle für den Ausschluß der Usucapion an res vi possessae die XII Tafeln genannt werden. Unterholzner glaubt (a. a. O. p. 196) hier an einen Fehler des Abschreibers, der einige Worte übersprungen habe. Schrader Comm. ad §. 3 I. h. t. II, 6, p. 250, 251 sucht den Gaianischen Text dadurch zu rechtfertigen, daß die leges de vi nur der Analogie der XII Tafeln gefolgt seien. Man könnte allenfalls noch in Erinnerung bringen, daß jene sich auch auf geraubte bewegliche Sachen bezogen, welche unbestritten zu den res furtivae gehören. S. L. 6 D. vi bon. rapt. 47, 8. Quod vi possessum raptumve sit — usucapi lex vetat.

Fall der vis publica, die Lex Julia[73]) für den der vis privata die Unfähigkeit der also in Besitz genommenen Gegenstände aus, ersessen zu werden. Die Betrachtung des öffentlichen Vergehens führte also zu dieser Bestimmung[74]); und gerade darin, daß bei Gelegenheit dieser Criminalgesetze unsere Vorschrift zuerst oder von Neuem erlassen worden ist, zeigt sich, wie wenig dabei der subjective Gesichtspunkt vorwaltete, wie wenig die Begünstigung des Eigenthümers den Grund zu einer solchen Verordnung abgab. Das Strafrecht hat es nur mit dem Verbrechen zu thun, die pönalen und allenfalls auch die privatrechtlichen Folgen desselben festzustellen, die letzteren aber doch nur soweit sie eigentlich auch pönaler Natur sind, d. h. so weit sie auf die möglichste Ausgleichung des durch das Vergehen entstandenen Unrechts hinauslaufen. Die ferneren Beziehungen, in welche die verübte Unbill etwa noch eingreifen, in die sie zu anderen Instituten des Privatrechts treten kann, weiter zu verfolgen und zu regeln, dazu wird es hier meistens an einer Veranlassung fehlen. In der That macht nun auch die Lex Plautia und Julia keine Ausnahme davon, sobald wir nur unserer Auffassung treu bleiben. Sie ziehen darnach die Grenze für das Privatrecht, greifen aber nicht in dessen Gebiet über; sie charakterisiren die gewaltsame Besitznahme als eine Handlung, welche ihr Object dem Vermögensverkehre und Vermögensrechte einstweilen gänzlich entzieht, ohne indessen auf die innere Natur der Ersitzung tiefer einzugehen, die in ihr wirksamen Elemente gegen einander abzuwägen, und daraus bestimmte Regeln für die Anwendbarkeit oder Unzulässigkeit der Usucapion zu abstrahiren.

Wir räumen jedoch ein, daß die bisher hervorgehobenen Momente noch etwas zu Schwankendes und Unsicheres haben,

---

73) In dieser Reihenfolge werden die Gesetze genannt in L. 30, §. 2 D. h. t. Vgl. Vinnius ad §. 2 I. h. t. No. 1 und Heineccius in den Noten. Schrader Comm. ad §. cit. p. 250. Ob das Verhältniß beider leges zu einander nun wirklich das im Text angegebene gewesen sei, ist freilich höchst zweifelhaft, (vgl. unten Note 198) indessen kommt es uns darauf vorläufig noch nicht an.

74) Ein Gleiches nehmen Manche an für die Bestimmung der XII Tafeln über die Usucapionsunfähigkeit gestohlener Gegenstände, indem sie dieselbe mitten unter die Strafandrohungen wegen Diebstahls, Brandstiftung u. s. w. stellen. So Pothier a. a. O. Funccius Tab. II, c. 11. Dirksen p. 736, No. 17. Anders Marcilius Legis XII tabb. collect. et interpret. bei Otto. Thesaur. Tom. IV, col. 267, 268, cap. 41 sq. und Rud. Pratejus Jurisprudentia vetus L. 17 sq. ibid. col. 454.

als daß durch sie allein der erforderliche Beweis in hinreichender Stärke erbracht werden könnte. Sie sind von außen herbeigeholt, und werden darum nie den Kern der Sache selbst berühren, sondern nur unterstützend zu anderweitigen Zeugnissen hinzukommen. Als solche erscheinen uns nun gewisse einzelne materielle Bestimmungen in dieser Lehre von bei weitem entscheidenderem Gewicht, die, weil sie mit den übrigen in organischem Verbande stehen, auch ihrerseits genügende Anhaltspunkte zu einem begründeten Schlusse auf den gesammten Organismus gewähren. Nicht also, als ob es eben nur Einzelheiten seien, in denen der Grundgedanke des Institutes oder Rechtssatzes sich ausspräche, — dieser geht in der That gleichmäßig durch das ganze Gebilde hindurch, und darum dürfen auch wir uns in unserer Darstellung nicht auf vereinzelte Punkte beschränken — allein es giebt hier gewisse Stellen, an denen die herrschende Idee vorzugsweise unverhüllt zu Tage tritt, und die deshalb besonderer Beachtung werth sind.

Verfolgen wir nun das vorliegende Usucapionsverbot nach seinen verschiedenen Verzweigungen hin, so drängt sich uns zunächst die Frage auf, welche Sachen sind also dadurch der Ersitzung enthoben? Wir antworten einfach diejenigen, welche sich der Dieb, der Gewaltthätige unrechtmäßig angeeignet hat. In Bezug auf jenen kann man demnächst weiter forschen, wie es dann stehe, wenn er nicht die Sache selbst, sondern nur ihren Besitz oder Gebrauch widerrechtlich an sich zog? Die desfallsige Untersuchung müssen wir uns indessen einstweilen noch vorbehalten. Dagegen haben wir, was die res vi possessae anlangt, in der ertheilten Auskunft bereits einen Umstand berührt, der für uns nicht ohne Erheblichkeit sein dürfte. — Ist ein Besitzer mit Gewalt von seinem Grundstücke vertrieben, dieß aber von dem Dejicienten nicht in Besitz genommen worden, so kann ein Dritter, der dasselbe in gutem Glauben erlangt hat, unerachtet der Dejection, und ohne, daß ihm Etwas im Wege stände, usucapiren.

L. 4, §. 22 D. h. t. 41, 3. Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec apprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res; quamvis enim interdictum Unde vi locum habeat, quia verum est, vi me dejectum, non tamen verum est, et vi possessum (Paull. Lib. 54 ad Ed.).

L. 33, §. 2 D. eod. Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit, vi dejectus videtur; sed nihilominus id praedium etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonae fidei possessore usucapitur, quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit, longa possessione capi, quae vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset (Julian. Lib. 44 Dig.).

Warum sollte denn hier der Eigenthümer nicht in gleicher Weise begünstigt werden, wie da, wo der Eindringling sich selbst das Grundstück zueignet, wenn eine solche Begünstigung überhaupt das Motiv des in Rede stehenden Rechtssatzes war? Ja, die gerichtliche Verfolgung des Dejicienten wird sogar im ersteren Falle regelmäßig noch leichter als im letzten sein, indem der Besitz des Grund und Bodens eher voraussetzen läßt, jener sei irgendwo anzutreffen, als wenn er nach verübter Gewaltthat sich sofort wieder entferne. Oder haben wir dieß Alles daraus zu erklären, daß man sich streng an den Wortlaut des Gesetzes band? Jedoch ein solches Kleben am Buchstaben ist überhaupt nicht die Sache der Römischen Jurisprudenz, und gerade in unserer Materie schaltete man ziemlich frei damit, wie das namentlich die Interpretation des Atinischen Gesetzes darthut, wo der Ausdruck „res in potestatem ejus, cui surrepta est, revertitur" keinesweges bloß in seinem wörtlichen Sinne verstanden wurde[75]). Man ging aber andererseits nicht willkürlich über den Buchstaben hinaus, wo dem Worte der Geist entsprach. Und so ist es hier. Die Dejection ist ausschließlich gegen die Person gerichtet; diese, nicht die Sache, welche dem Besitzer entrissen wurde, erscheint als Object des Delictes. Daß die letztere dadurch zugleich besitzlos wird, ist etwas Unwesentliches, was mit der Vertreibung nur in einem factischen, wenn auch nothwendigen Zusammenhange steht. Erst damit, daß der Uebelthäter demnächst an dem Grundstücke Besitz ergreift, zieht er dieses unmittelbar in den Kreis seines Vergehens hinein und setzt es dergestalt aus dem Vermögensverkehre heraus. Die Fassung des Gesetzes war hier also in voller Erkenntniß und richtiger Würdigung der betreffenden Verhältnisse, oder mindestens mit glücklichem Tacte gewählt, und Julian darum berechtigt, sich wegen seiner Entscheidung auf sie zu berufen.

75) Vgl. vorläufig Unterholzner, Bd. I, p. 225, Not. 230. Huschke, Zeitschr. a. a. O. p. 258.

Auch die in Bezug auf die Furtivität von Erzeugnissen der gestohlenen Sachen geltenden Rechtsnormen[76]) werden uns zu demselben Resultate führen und uns einen neuen Beweis dafür liefern, daß unser Usucapionsverbot auf streng juristischen Gründen beruht, und nicht für eine von der bloßen Billigkeit erheischte Maßnahme gehalten werden darf. Der von uns angegebene Gesichtspunkt, von dem aus, wie wir sahen, die Ersitzung dort untersagt wurde, reicht auch hier zur Rechtfertigung der positiv beglaubigten Vorschriften vollständig hin, während die angebliche einseitige Bevorzugung des Eigenthümers offenbar unzulänglich ist. Darnach sollte man nämlich erwarten, daß derartige Erzeugnisse unter keinen Umständen usucapirt werden dürften, oder man müßte neben der persönlichen Rücksicht auf jenen noch die auf den gutgläubigen Besitzer wirksam werden lassen. Wo hört nun aber die eine auf, wo fängt die andere an? Jedenfalls ist auf diesem Wege ein einfaches Princip nicht zu gewinnen, in welchem sich die Besonderheiten unserer Lehre friedlich vereinigten, und dem sie sich als einem höheren Gesetze gemeinschaftlich unterordneten. Freilich liegt auch unserer Anschauungsweise wenigstens bei einer oberflächlichen Betrachtung der Gedanke nahe, daß, so wie die Hauptsache dem Vermögensverkehre entnommen ist, so auch deren Erzeugnisse, als demselben nicht mehr angehörig, und mithin als usucapionsunfähig anzusehen seien. Die Römer thaten dieß indessen nicht. Davon geht als von einer unbezweifelten Wahrheit, obwohl sie sonst verschiedener Meinung sind, Scävola wie Marcellus gleichmäßig aus[77]).

L. 10, §. 2 D. h. t. 41, 3. Scaevola libro undecimo Quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse; sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem. Caeterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat. (Ulp. Lib. XVI. ad Ed.)

---

76) S. Unterholzner a. a. O. §. 67. Donellus Comm. jur. civ. Lib. V, cap. 25, 26.

77) Vgl. die bei Unterholzner a. a. O. Not. 223 außerdem noch mitgetheilten Beweisstellen.

Erst unter gewissen Bedingungen, meint Marcellus, sei das Kind der gestohlenen Sklavin, das Junge des entwendeten Thieres res furtiva; die bloße Abstammung macht sie also nicht schon dazu. Scävola will dem noch engere Grenzen stecken. Er giebt zugleich den Grund seiner Entscheidung an; das Kind sei kein Theil der Mutter. Dieß ist zwar zunächst nur eine negative Antwort[78]), und auch der Schlußsatz des Paragraphen enthält nicht viel mehr als eine bloße Umkehrung davon. Wenn das Erzeugniß Theil der Hauptsache wäre, könnte die Usucapion nicht Statt haben. Allein dieß geht auf der anderen Seite zu weit. Einzig das wird streng genommen dadurch bewiesen, daß die Entstehung aus dem gestohlenen Gegenstande dem Producte nicht ohne Weiteres den Stempel der Furtivität aufpräge. Dieß schließt aber doch nicht aus, daß andere Umstände möglicher Weise diesen Erfolg haben können. Ja selbst, wenn wir unmittelbar auf Scävola's Vorstellungsweise eingehen, müssen wir sagen, daß, wenn das Erzeugniß auch jetzt nicht mehr Theil der erzeugenden Sache ist, es das doch einstmals war. Die Ereignisse, welche letztere zu der Zeit trafen, haben sich deshalb auch auf jenes erstreckt. So das Factum der Entwendung[79]). War also bei deren Ver-

78) Allerdings liegt in anderer Hinsicht auch darin etwas Positives ausgesprochen, was v. Scheurl, Beitr. Bd. I, p. 290 ff. mit vollem Recht hervorhebt. Das Erzeugniß ist eine neue Sache, in Bezug auf deren Erwerb man fragen muß, ob der Eigenthümer der Muttersache auch Eigenthümer der Erzeugnisse werde, nicht ob er es bleibe. Damit soll denn aber doch nicht gesagt sein, daß gewisse Eigenschaften, die der Sache als Theil angeklebt haben, ihr nicht auch in ihrer neuen Gestalt anhaften könnten. M. a. W. durch den Diebstahl wird nicht bloß die Hauptsache, sondern auch Kind und Frucht, wenn sie bereits in rerum natura waren, aus dem Vermögen des bisherigen Besitzers herausgerissen. Dieß ist ein Factum, welches durch die spätere selbständige Existenz dieser Dinge nicht wieder aufgehoben werden kann. Denn, heißt es, res facti infectae nullo modo fieri possunt.

79) Auch die Usucapionsunfähigkeit des bei dem Diebe concipirten, jedoch bei dem bonae fidei possessor zur Welt gebrachten partus scheint Scävola zu leugnen, wenigstens ist sein Ausdruck ungenau. Auf den Fall, wo die Sklavin schon zur Zeit des Diebstahls schwanger ging, wendet er dagegen seinen Satz nicht an, indem die Frage ausdrücklich nur auf den Einfluß der Conception bei dem Entwender oder seinem Erben gestellt ist. Bei rücksichtsloser Durchführung des von Scävola aufgestellten Princips würde indessen die Antwort mit der von dem Juristen für die ihm vorliegenden Verhältnisse gegebenen gleichlautend sein müssen. — Vgl. Branchu Observ. Lugd. Bat. 1721, 1723, cap. 19, p. 192 ff., welcher ebenfalls Scävola's Ansicht in der im Eingange der Note angedeuteten Weise aufzufassen scheint, wenn er für die Usucapionsfähigkeit der Thierjungen im Gegensatz gegen das aus L. 48, §. 5 D. de furt. ersichtliche Recht des partus ancillae nur die Geburt, nicht die Empfängniß bei dem gutgläubigen Besitzer verlangt. Aehnlich Altamiranus ad Quaest. Scaev. tract. XI. bei Meerman Thes. Tom. II, p. 506 ff. Nur vermöge

übung die Sklavin bereits schwanger, so kann ihr Kind als res furtiva nicht ersessen werden.

> L. 48, §. 5 D. de furt. 47, 2. Ancilla si surripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem; sed in hoc posteriore casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est, et in fetu earum, quod in partu. (Ulp. Lib. 42 ad Sabin.)

Nicht anders steht es, wie die Schlußworte unserer Stelle besagen, mit den Jungen trächtiger Thiere, nur daß es bei diesen wie überhaupt bei allen Früchten von Seiten des gutgläubigen Besitzers einer Usucapion nicht erst bedarf, indem sie ihm schon mit der Trennung von der Muttersache endgültig zufallen, als Preis seiner Mühe und Arbeit; pro cultura et cura, wie es anderwärts heißt.

> L. 48, §. 2 D. de A. R. D. 41, 1. Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emtorem pertinent, etiamsi praegnantes venierint, vel surreptae sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest, idemque in lana juris est. (Paull. Lib. VII. ad Plaut.)

Consequenter Weise möchte man geneigt sein, von den übrigen Früchten dasselbe anzunehmen, auch abgesehen von einer etwaigen

---

der odio furum auch hier Platz greifenden Fiction „**nasciturus habetur pro jam nato**“ könne das Kind der während ihrer Schwangerschaft gestohlenen Sklavin nicht ersessen werden; auf Thierjunge finde dieselbe natürlich keine Anwendung, eben so wenig auf das bei dem Diebe concipirte Kind, da dieses ja erst nach geschehener Entwendung entstanden sei. So abenteuerlich diese Theorie auch ist, müssen wir Altamiranus doch darin Recht geben, daß Marcellus nicht von der Voraussetzung ausgegangen ist, **partum esse matris partem**, wie dieß oben im Text bemerkt wurde, und daß man deshalb die Entscheidung des Scävola nicht bloß für deren Verneinung halten kann, die dann im Uebrigen die ganze Frage offen ließe. In dieser Weise legen nämlich unser Fragment u. A. aus **Donellus l. l. V. 25, §. 2** und **Amaya Observat. juris Lib. III, cap. 1, §. 3, Nro. 43 ff. Genevae 1633, p. 307 ff.** An eine abweichende Meinung des Scävola von der sonst recipirten Lehre glauben wir freilich auch nicht; wir möchten Ulpian hier einer ungenauen Berichterstattung zeihen, die es nicht deutlich erkennen läßt, gegen welchen Punkt aus der Marcellischen Deduction jenes Axiom unseres Juristen gerichtet war. Jedenfalls — und das ist der Kern unserer Behauptung — reicht dasselbe für eine gründliche und erschöpfende Beurtheilung der hier in Rede stehenden Verhältnisse nicht aus.

Perception durch den Dieb, wovon nachher noch weiter die Rede sein soll. Eine unmittelbare Antwort darauf enthalten unsere Quellen nicht; indirect scheinen sie aber allerdings anzudeuten, daß auf die Existenz der Früchte bei der Begehung des Diebstahls Nichts ankomme, sondern die Möglichkeit der Ersitzung ausschließlich darnach bemessen werde, ob die Fruchtgewinnung durch den Dieb oder einen bonae fidei possessor[80]) erfolgt sei. So heißt es in:

> L. 4, §. 19 D. h. t. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Eine Aeußerung, der man eine gewisse Beweiskraft in unserem Punkte nicht absprechen kann, weil dort ausführlich von der Erwerbung der Erzeugnisse gestohlener Gegenstände gehandelt wird, so daß der Jurist es gewiß nicht mit Stillschweigen übergehen durfte, wenn die Wolle des entwendeten Schafes auch dann noch usucapionsunfähig war, falls sie erst bei dem gutgläubigen Besitzer geschoren wurde. In der That mangelt es nun auch nicht gänzlich an einem in der Natur der Sache liegenden Anlasse, zwischen Kindern und Thierjungen auf der einen, und den übrigen Früchten auf der andern Seite eine solche Verschiedenheit zu statuiren. Nur von den ersteren wird man mit Sicherheit zu ermitteln vermögen, ob sie vor oder nach dem Furtum entstanden sind. Bei den letzteren dagegen ist diese Untersuchung — man denke nur an die in L. 48, §. 2 D. cit. genannten Beispiele — mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft; und da, wo sie noch am ersten zum Ziele führen könnte, bei vegetabilischen Producten wird ein Diebstahl an der Mutterpflanze selten unter solchen

---

80) Ein Zweifel darüber ist uns wenigstens nirgends aufgestoßen. Vgl. u. A. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 222, 223. Es ist übrigens ein alter, schon von der Glossatorenzeit her (s. Haenel Diss. Dom. vet. coll. §. 70) geführter Streit, ob der m. f. possessor durch die Einsammlung der Früchte nicht einen Diebstahl begehe. Neuerdings ist sie bejaht von Schmid, Handb. d. gem. deutsch. bürgerl. R. Besond. Theil, Bd. I, §. 14, p. 201, Not. 21. v. Vangerow Pand. Bd. I, p. 666. — A. M. Wetzell Vind. Proc. Leipz. 1845, p. 166, Not. 1. Vgl. auch v. Savigny Syst. Bd. V, p. 523, 524. — Für uns ist die Controverse, wie die fernere Ausführung im Text ersehen läßt, von minderer Erheblichkeit. Jedenfalls kann der Besitzer selbst wegen seines bösen Glaubens nicht usucapiren; und daß er durch die weitere Veräußerung einen Diebstahl begehe, wird allseitig eingestanden. S. Gai. Inst. Lib. II, §. 50.

Umständen vorkommen, daß die Keime, die jene bereits angesetzt hatte, dann noch später zur Reife gebracht würden. Von einer gewissen Bedeutung bleibt jedoch die Möglichkeit, diese Sachen zu usucapiren für Dritte, welche dieselben mit Umgehung des Besitzers erhalten haben, sei dieser im guten oder bösen Glauben gewesen[81]).

Wie sollen wir es uns demnach erklären, wenn die Erzeugnisse eines außerhalb des Vermögensverkehres befindlichen Gegenstandes nichts desto weniger wieder in dessen Kreis hineingezogen werden? Nur bei einem flüchtigen Hinblicke, sagten wir oben, könne man daran Anstoß nehmen. Ist nämlich gleich durch die Entwendung deren Object aus dem Verkehre herausgetreten, so wird man doch nicht leugnen, daß dasselbe thatsächlich dahin zurückkehrt, wenn es von dem Diebe an einen bona fide[82]) erwerbenden Dritten veräußert wird. Nach rückwärts vermag dieß freilich nicht zu wirken, und den der Sache anklebenden Makel zu tilgen, obwohl man vielleicht auch darüber einige Zeit hindurch zweifelhaft war, weil damit doch niemals das Factum ungeschehen gemacht wird, daß der entwendete Gegenstand nur vermittelst einer einseitigen und gewaltsamen Unterbrechung der einmal bestehenden Rechtsverhältnisse zu dem Diebe und noch in Folge der Fortdauer eben dieses anormalen Zustandes von Letzterem an Dritte gelangt ist. Von den späteren Erzeugnissen kann man dieß nicht in gleicher Weise behaupten. Bloß mittelbar ist der Diebstahl die Veranlassung für ihren Bezug von Seiten des bonae fidei pos-

---

81) Veräußern sie nämlich die gezogenen Früchte, so bedarf es bei dem Ersteren, da er unmittelbar das Eigenthum überträgt — nur tradirte res mancipi machen hier noch eine Ausnahme — keiner Ersitzung; der Letztere läßt sich aber damit eine Entwendung zu Schulden kommen. Uneinig ist man über den Einfluß der mala fides superveniens. Nach L. 25, §. 2 D. de usur. 22, 1, (Julian.) der v. Scheurl folgt (Beitr. Bd. 1, p. 297 ff.) ändert sie gar Nichts am Rechte des Besitzers, wogegen Paullus in L. 48, §. 1 D. de A. R. D. 41, 1, (vgl. L. 23, §. 1. L. 40 D. eod.) mit ihr den Fruchterwerb aufhören läßt. Dieß ist denn auch entschieden die gemeine Meinung. Vgl. Donellus l. l. V, c. 26, §. 8. Puchta Pand. §. 166, Not. e. v. Vangerow Pand. §. 326, Anm. 2 f. p. 712. Arndts Pand. §. 156, Not. 3. e. Heimbach, Die Lehre v. d. Frucht. Leipz. 1843, p. 265 ff.

82) Auch die Beerbung des Diebes bringt die entwendete Sache mit der angegebenen Wirkung in den Vermögensverkehr zurück. Daher können die bei dem Erben concipirten Jungen ersessen werden, und zwar nicht bloß aus dem von Unterholzner a. a. O. p. 224 hervorgehobenen negativen Grunde, weil es an dem affectus furandi fehle, der häufig gar keine Gelegenheit haben wird, sich vor der Geburt zu äußern.

sessor. Der nächste Grund dafür liegt in dem rechtmäßigen und völlig gesetzlichen Ueberkommen der Sache. Die Fruchtproduction geht darum wirklich wieder auf dem Gebiete eines geordneten Rechtsverkehres vor sich, so daß Julian in L. 33 pr. D. h. t. keinen Anstand nimmt, sich deshalb auf die „ratio juris“ zu berufen. Dasselbe gilt natürlich in analoger Weise auch von dem Sklavenkinde. Ein objektives Hinderniß kann sich daher von hier aus nicht wider die Usucapion erheben, und von einem solchen, welches bereits vorhanden und zu dem Ende demnächst zu tilgen wäre, wird vollends Niemand reden wollen, indem die betreffenden Objecte auch ihrem Ursprunge nach ja erst in die Zeit des redlichen Besitzes fallen. Dieß ist offenbar der Gedankengang Julians in dem eben angeführten Pandectenfragmente.

L. 33 pr. D. h. t. Non solum bonae fidei emtores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt; nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim Tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est, partum usucapi, si apud eum conceptus, et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat. (Julian. Lib. 41 Dig.)

Zugleich wird uns aber an dieser Stelle ein Umstand mitgetheilt, den wir bis dahin außer Acht ließen, und der auf den ersten Blick unleugbar etwas Befremdendes hat. Die Zulässigkeit der Ersitzung wird hier nicht nur davon abhängig gemacht, daß der Besitzer die Sklavin in guten Glauben erhalten habe, sondern auch daß seine bona fides zur Zeit der Conception und Geburt des Kindes noch fortdauere. Denn daß die Zeitbestimmung „eo tempore quo ect“ nicht etwa ausschließlich mit „editus“ zu verbinden ist, wo man dann, indem man die Worte „apud eum conceptus“ in Gegensatz zu der Erzeugung bei dem Diebe denkt, stillschweigend eine Contrectation voraussetzen und dadurch, oder noch einfacher durch die nunmehrige mala fides des Käufers den Ausschluß der Usucapion erklären könnte, dieß erhellt mit ziemlicher Augenscheinlichkeit aus folgendem Fragmente Ulpians, der sich darin gerade auf Julian bezieht.

L. 11, §. 4 D. de Publician. 6, 2. Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me

usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam. (Ulp. Lib. XVI, ad Ed.)[83]).

Nicht nur in Folge eines Verkaufes der entwendeten Sklavin, sondern auch wenn sie durch eine Schenkung an den neuen Besitzer gekommen ist, kann dieser ihr Kind mit der Publiciana einklagen, falls letzteres nur bei ihm concipirt und geboren wurde, und er noch zur Zeit der Klageanstellung sich im guten Glauben befindet. So weit der Inhalt des vorhergehenden Paragraphen. Der Zusammenhang des genannten Rechtsmittels mit der Usucapion führt dann über auf den allgemeinen Satz, daß in allen Fällen, wo die Ersitzung der Mutter, abgesehen von dem ihr anhaftenden Makel, Statt haben würde, die des Kindes zulässig sei, jedoch wiederum unter der Bedingung, daß der Besitzer von dem geschehenen Diebstahle nicht in Kenntniß gesetzt ist. Wann dieß Nichtwissen gefordert werde, darüber kann man nicht lange in Zweifel sein. Die besondere Hervorhebung dieses Verlangens zeigt einmal, daß der gute Glaube bei dem Erwerbe der Sklavin hier nicht mehr genügt, indem dieß Requisit bereits in den Worten mit umschlossen liegt: „ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset", dessen abermalige Wiederholung also nichtssagend wäre. Andererseits aber hat bekanntlich die mala fides superveniens auf den Fortgang der Ersitzung keinen Einfluß, so daß der Jurist an die vorher erwähnte Klageanstellung, die überdieß mit der Usucapion in keiner Beziehung steht, nicht weiter gedacht haben kann. Darauf weist auch schon das Imperfectum, das die Dauer in der Vergangenheit bezeichnende Tempus hin, wonach wir jene Unbekanntschaft mit dem Vorgefallenen in die Zeit vor dem Beginn des noch gegenwärtig fortlaufenden „usucapere" zu verlegen haben. Es bleiben uns mithin nur die beiden anderen im Vorigen genannten Momente übrig, der der Conception und der Geburt. Die ausdrückliche Anführung auch des ersteren giebt nun deutlich zu erkennen, daß ihm gleichfalls eine selbständige Bedeutung beizulegen ist. — Die Nothwendigkeit des guten Glaubens bei der Empfängniß wird endlich noch — und dieß dürfte vielleicht noch das beweisendste Zeugniß von allen sein — ausgesprochen in:

L. 4, §. 15 D. h. t. Heres, qui in jus defuncti suc-

---

83) Vgl. über diese Stelle v. Vangerow Pand. §. 335, p. 759.

cedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse, conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Obgleich sämmtliche objective Voraussetzungen erfüllt sind, will Paullus sagen, so kann der Erbe des Diebes dennoch aus persönlichen Gründen nicht ersitzen. Unter jenen wird nun eben auch die Conception bei dem über die Entwendung noch in Unkenntniß befangenen Besitzer aufgezählt.

Nichts desto weniger sollte man meinen, ein objectives Usucapionshinderniß sei durch dessen bloßes Bewußtsein weder zu beseitigen, noch herbeizuführen. Ist die gestohlene Sache in den Vermögensverkehr durch die Veräußerung an den Dritten in so weit wieder hinübergeleitet, daß dieser nunmehr zum Fruchtbezuge berechtigt ist, wie möchte sie wohl dadurch, daß er nachträglich über die wahre Sachlage unterrichtet wird, abermals daraus ausscheiden, und dergestalt nicht nur die Befugniß des Besitzers ein Ende nehmen, sondern auch die von ihm gewonnenen Erzeugnisse ein jegliche Ersitzung hemmender Makel erfassen? — Zwei Punkte sind es, auf die wir dabei unser Augenmerk zu richten haben; einmal der Erwerb der Hauptsache, dann der der Früchte. In Hinsicht auf jenen wird man nun ohne Schwierigkeit erkennen, daß dasjenige, was diese Veräußerung als einen Act des Vermögensverkehrs characterisirt, nicht sowohl die Verfügung über den Gegenstand durch den Dieb, als das ordnungsmäßige Ueberkommen von Seiten des Dritten ist. Dessen Herrschaft über die Sache wird dadurch äußerlich gerechtfertigt. Fehlt es ihm jedoch dabei an der persönlichen Redlichkeit, so wird vermöge dieses Umstandes dem ganzen Geschäfte die Eigenschaft eines verkehrsrechtlichen geraubt. Es hat eingestandener Maßen den Zweck, dem wahren Eigenthümer sein Gut vorzuenthalten[84]), und giebt sich

84) Vielleicht ist es auch daraus zu erklären, daß der wissentliche Käufer einer fremden Sache kein Recht auf Evictionsleistung hat, wenn er sich dasselbe nicht speciell ausbedingt. L. 27 C. de evict. VIII, 45. Denn im letzteren Falle verpflichtet er seinen Auctor ausdrücklich, sich mit dem Eigenthümer abzufinden, und zeigt dadurch, daß er dessen Recht anerkenne. Mindestens scheint es uns nicht ganz richtig, wenn man die Freiheit des Verkäufers von der Gewährleistung dadurch begründet, die Sache sei „als eine der Eviction unterworfene veräußert“ (Puchta Pand. §. 362 a. E.; Arndts Pand. §. 303, Note 5), denn der Käufer kann sehr wohl mit dem factischen Verhältnisse bekannt sein, ohne daß jener darum zu wissen braucht, geschweige denn die Sache als fremde ausbietet. Weit eher kann man sich darauf berufen, daß es wider die bei der actio emti zur Sprache kommende bona fides sein würde, wenn

somit selbst als eine Fortsetzung des verübten Delictes kund. Mithin ist es keineswegs ein bloß subjectives Wähnen, welches hier in Frage stände, wielmehr wird durch die Mitwissenschaft des Contrahenten der Erwerbsact seinem inneren Wesen nach zu einem durchaus anderen umgestaltet. Er kann darum von vorn herein die Sache nicht in irgend welche Vermögensbeziehungen stellen. Dasselbe, was hier von dem Erwerbe des erzeugenden Gegenstandes gesagt ist, gilt analog auch von den Früchten. Nur so lange erfolgt ihre Entstehung unter der Herrschaft der Verkehrsgesetze, wenn diese überhaupt einmal durch ein an der Sache begangenes Delict verletzt sind[85]), als noch der Besitzer sich für sein Herrschen und die einzelnen in seinem Interesse vorgenommenen Dispositionen, obgleich nur irrthümlich, auf eben diese Gesetze be-

---

der Käufer hier eine Evictionsleistung fordern wollte. (cf. L. 3, §. 4 C. comm. de legat. VI, 43.) Eine Rücksicht, welche bei der Stipulationsklage wegfällt. Für die im Text besprochene Folge ist es übrigens ziemlich gleichgültig, ob der Erwerber um den Diebstahl weiß, oder ob er bloß erfahren hat, die Sache sei eine fremde, denn es ist ihm ja immer bekannt, daß dann sein Vorgänger durch die Veräußerung ein Furtum begehe, ja, er macht sich dadurch selbst zu dessen Mitschuldigen. L. 12 i. f. C. de furt. VI, 2. Zu weit geht Göschen Vorl. Bd. II, §. 263, p. 128, wenn er aus dieser Constitution schließt, jeder wissentliche Erwerb einer fremden Sache sei Diebstahl. Es heißt dort ausdrücklich „si hanc causam non ignorent“ d. h. wenn sie von der Entwendung, von der vorher die Rede war, Kenntniß haben. Einzig da, wo die Sache schon durch mehrere Hände hindurchgegangen, und der Vordermann des von deren fremden Angehörigkeit, nicht aber von dem Diebstahl unterrichteten Erwerbers im guten Glauben ist, könnte man zweifelhaft sein. Dennoch nehmen wir auch in diesem Falle die Furtivität der Früchte an, indem der Erwerb immer in dem Gedanken geschieht, der Eigenthümer werde durch den Besitz jedes Anderen beeinträchtigt, so daß dabei mehr nur die Formen als das Wesen des Verkehrsrechtes gewahrt sind. Damit stimmt es denn überein, wenn die Quellen dem Diebe stets den bonae fidei possessor unmittelbar gegenüber stellen, als bei welchem die Erzeugnisse ohne Makel seien. Anders bei der mala fides superveniens; sie schließt die Usucapion bloß in der Gestalt des Wissens um den Diebstahl aus. Das hat indessen seinen guten Grund, denn hier kann der Besitzer, so lange ihm von der Entwendung keine Kunde geworden ist, da er nun die Sache einmal hat, mit reinem Gewissen abwarten, welchen Weg der Eigenthümer wählen werde, um zu dem Seinigen zu gelangen, obgleich er andererseits seine Herrschaft nur als eine vorläufige betrachten darf, weshalb ihm denn die Früchte von da an nicht mehr der Proprietät nach zufallen. Hat er dagegen von dem Delicte gehört, so muß ihm jede fernere Disposition unter allen Umständen widerrechtlich erscheinen. — Dem steht auch nicht L. 4, §. 18 D. h. t. entgegen, da es sich dort zunächst nur um ein subjectives Hinderniß handelt. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 222, Note 224; vgl. p. 430 ff. Wenck Mag. Vac. p. 286, No. 321. Ueber das Verhältniß zu L. 44, §. 2 D. eod. kann erst unten Auskunft ertheilt werden.

85) Vgl. L. 44, §. 2 D. h. t. 41, 3. Hat eine solche Verletzung gar nicht Statt gefunden, so liegt sie auch nicht in einer weiteren den Verkehrsgesetzen entsprechenden Uebernahme der fremden Sache, denn nur die Beziehung auf das Delict macht diesen Act zu dessen Fortsetzung.

rufen kann; denn nur so lange erscheint die Erzeugung der Früchte als tadelfrei, so lange jener mit deren Ausbeutung nicht in offenen Widerspruch gegen das Recht tritt; und dieß sogar dann, sollten sie auch ohne besonderes Zuthun desselben unmittelbar den schaffenden Kräften der Natur ihr Dasein verdanken, indem sie und nicht minder die Sklavenkinder schon ihrer eigenen, naturgemäßen Bestimmung nach dem Benutzer der Muttersache zuwachsen.

Hierbei ist jedoch noch auf einen zweiten, schon früher im Vorbeigehen berührten Umstand aufmerksam zu machen. Der gutgläubige Besitzer hat ein besonderes Recht auf die eigentlichen Früchte. Dasselbe beruht überwiegend auf seinem subjectiven Verhältnisse zur fruchttragenden Sache. Pro cultura et cura werden sie ihm in den Institutionen zugesprochen[86]). Es ist dieß derselbe Gedanke, wie wenn man sagt, sie seien ein Ergebniß der Thätigkeit und Arbeit des Bodens oder Mutterthieres, indem die in ihnen schlummernden Kräfte selbst wieder durch die Betriebsamkeit des Besitzers geweckt und geleitet werden müssen[87]). Insofern nun auch hierzu unbedingt die bona fides verlangt wird, kann man den Erwerb wie die Möglichkeit der Usucapion an diesen Früchten als verschiedene Ausflüsse einer und derselben Thatsache, der rechtmäßigen Benutzung der Sache zur Fruchtgewinnung betrachten[88]). Jenen hat sie für die Person des Besitzers, diese für die bezogenen Früchte selbst zur Folge. Beides trifft aber nicht nothwendiger Weise zusammen. Für den einen wird selbstverständlich der Augenblick der Separation, für die andere der Moment der Erzeugung entscheidend. So kommt es denn, daß unter Umständen ein objectiv der Usucapion entzogener Gegenstand dennoch in das subjective Recht des Besitzers fällt[89]).

In gleicher Gestalt wie die Erzeugung bei dem bonae fidei

---

86) §. 35 J. de R. D. II, 1. Vgl. L. 45 D. de usur. 22, 1, jedoch auch L. 48 pr. D. de A. R. D. 41, 1.

87) Vgl. v. Scheurl Beitr. Bd. I, p. 294, 295. Huschke Tüb. krit. Zeitschr. Bd. II, p. 202 ff.

88) Vgl. Heimbach a. a. O. p. 243 f., p. 249 ff.

89) L. 48, §. 6 D. de furt. 47, 2. Vgl. v. Vangerow Pand. p. 709. Namentlich Cujacius Obs. XV, c. 20 nimmt daran den höchsten Anstoß, daß eine Sache nicht solle usucapirt werden können, die doch der b. f. poss. mit voller Wirkung zu Eigenthum überträgt. Das ist in Wahrheit aber durchaus consequent. Die Früchte stehen so weit in dem Verkehre, als jener sie mit seinem persönlichen Rechte deckt. Und so ist die Usucapionsunfähigkeit dieser nichtsdestoweniger im Eigenthum des Besitzers stehenden Früchte umgekehrt ein Beweis dafür, daß die Usucapion, rechtlich betrachtet, keine Veräußerung sei.

possessor, weil sie innerhalb der Grenzen des Vermögensverkehres vor sich geht, die Statthaftigkeit der Ersitzung herbeiführt, gilt in Hinsicht auf die bei dem malae fidei possessor entstandenen Producte das Gegentheil. Ob an ihnen durch die Einsammlung und Aneignung oder durch die Veräußerung von Seiten des Inhabers ein neuer Diebstahl begangen werde, oder nicht, ist dafür durchaus gleichgültig. So genügt, wie uns L. 48, §. 5 D. de furt. 47, 2 belehrt, schon die Empfängniß bei dem Diebe, um die Usucapion an dem Geborenen für immer zu hintertreiben[90]). Und zwar verhält es sich also nicht minder mit Thierjungen als mit Sklavenkindern[91]). Bei den übrigen Früchten dagegen soll es nach L. 4, §. 19 D. h. t. wiederum einzig auf das Einbringen derselben durch den Dieb ankommen. Wir können uns deswegen einmal auf die bereits oben dafür angegebenen Gründe berufen, daß der Zeitpunkt der Entstehung hier nicht mit hinlänglicher Gewißheit festzustellen sei. Indessen müssen wir hier wohl noch einen Schritt weiter thun. Dort nämlich konnte uns das Gesagte allenfalls für eine vorläufige Erklärung ausreichen, da uns die Betrachtung der reinen Thatsache der Entwendung so nahe lag, daß wir uns einstweilen darauf beschränken durften. Allein jetzt haben wir es mehr mit der juristischen Bedeutung der Frucht zu

---

90) Es ist durchaus verwerflich, die Ursache für die Unzulässigkeit der Ersitzung an den Früchten in der Besitznahme derselben durch den Dieb zu suchen. Dieß ergiebt sich aus dem Rechte des partus ancillae sehr deutlich. Wird die Sklavin bei dem Diebe schwanger, so kann es unendlich oft an jedem Handeln fehlen, welches sich als Contrectation auffassen ließe, obwohl ein solches an sich nicht unmöglich ist. Ueberhaupt nennen aber die Quellen ja gerade die Conception als das Entscheidende, ohne eines etwaigen späteren Aneignens auch nur zu erwähnen. Und in Bezug auf L. 60 D. de furt. hatte Unterholzner (a. a. O. Bd. I, p. 223, Note 225) gewiß keinen Anlaß zu der Bemerkung, aus der Fassung der Stelle sei nicht ersichtlich, ob die Sklavin an ihrem Kinde auch schon im Mutterleibe eine Contrectation vorzunehmen im Stande sei.

91) Die L. 48, §. 5 D. de furt., welche dieß in ihrem Schlußsatze bezeugt, hat von dem in Note 89 angegebenen Standpunkte aus manche Anfechtung zu erleiden gehabt. Bald hat man durch Emendation helfen wollen (Idem vero in pecudibus servandum non est) wie Cujacius ad L. 4, §. 29 D. h. t. (O. O. Tom. I, col. 969) und Donellus l. 1, V, c. 26, §. 7, oder den ganzen Passus für unächt erklärt, wie Branchu l. 1, p. 195, 196 Note, oder endlich durch die gewagtesten Erklärungen den Widerspruch zu lösen gesucht. Vgl. Cujacius Obs. XV, c. 20. Schulting Notae ad L. cit. (ut quibus casibus partus alii acquiri possit, acquiri possit et foetus etsi absque usucapione). Gegen die vorgeschlagene Textesverbesserung spricht u. A. auch Petri Except. Lib. III, c, 28 (bei v. Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. Bd. II, p. 384). Vgl. übrigens Jauch de negation. Amstelod. 1728, p. 185. Ditmar de leg. Atin. p. 48. v. Vangerow Pand. Bd. I, §. 326, p. 711. Huschke Tüb. krit. Zeitschr. II, p. 211 schlägt vor: qui n. e. in fructu, statt: quod in partu.

thun, indem wir nicht nur nach dem bloßen Dasein derselben zu fragen, sondern uns zugleich darüber Rechenschaft abzulegen genöthigt sind, in wie weit ihre Erzielung das Werk des einen oder des anderen der verschiedenen Besitzer sei. — Der dafür maßgebende Gesichtspunkt ist nun bereits vorher im Vorbeigehen angedeutet worden. Jedes Erzeugniß ist, juristisch genommen, eine neue Sache. Sofern es sich also dabei um die rechtliche Wirkung der Erzeugung an sich handelt, muß desfalls der Augenblick bestimmend werden, in welchem das Product diejenigen Eigenschaften empfängt, die es zu etwas Neuem machen. Bei der animalischen Zeugung geschieht dieß mit der Conception[92]). Denn das Junge hat alsbald eine gewisse Selbständigkeit gegen die Mutter; es ist ein anderes Individuum derselben Gattung, welches in ihrem Schoße nach und nach heranreift. Durchaus verschieden steht es mit den Vegetabilien[93]). Die Frucht erzeigt sich hier nicht sofort als Doppelung der Mutterpflanze, sondern tritt zunächst unter völlig heterogener Hülle hervor, so daß sie erst mit der körperlichen Trennung von jener eine eigene gesonderte Existenz erhält. Mithin entspricht es in der That der Natur der Dinge, sobald man nicht bei einer rein äußerlichen Anschauung derselben stehen bleiben will, wenn dort die Empfängniß, hier die Einsammelung[94]) als Moment der Entstehung angesehen wird, und wenn man es darnach beurtheilt, ob das Erzeugniß je nach dem

---

92) So will es uns denn auch als eine einseitige Darstellung erscheinen, wenn v. Scheurl (Beitr. Bd. I, p. 280 ff.) meint, auf dem Gebiete des Vermögensrechtes sei überall nur der Augenblick der Separation der Frucht für deren Verhältniß maßgebend. Der juristische Grund für den Rechtserwerb an der Frucht ist dort eigentlich nicht die Erzeugung, wie bei der **patria potestas**, und wie auch hier die rechtliche Qualität der Producte eben durch die Art ihrer Erzeugung bedingt ist, sondern das Recht (der Benutzung oder des Eigenthums) an der Muttersache. Jene bringt nur den Stoff hervor, an welchem der Erwerb Statt hat. Letzterer ist aber natürlich nicht eher möglich, ehe das Erzeugniß nicht eine äußerlich gesonderte Existenz gewonnen hat.

93) Dahin rechnen wir denn auch die Thierwolle, Haare und Aehnliches.

94) Genauer gesprochen die Trennung. In L. 4, §. 19 cit. ist nur jene genannt, weil bei dem dort besprochenen Fall die Separation factisch wohl nur zum Zweck der Perception geschehen wird. Ja, der dort gebrauchte Ausdruck „**detondere**" läßt es selbst noch zweifelhaft, welcher der beiden Begriffe dadurch bezeichnet werden solle. — Zur Vermeidung von Mißverständnissen mag hier übrigens nochmals ausdrücklich auf den Unterschied zwischen selbständiger und gesonderter Existenz aufmerksam gemacht werden. Bei vegetabilischen Erzeugnissen fällt Beides zusammen, nicht so bei den animalischen. Hier muß man, wo es sich um die Folgen der bloßen Existenz handelt, auf den ersten, wo von einem Rechte auf die Sache als Einzelding die Rede ist, auf den letzten Zustand sehen.

persönlichen Verhältnisse des derzeitigen Besitzers usucapirt werden könne, oder nicht. — Zwei Sätze sind es demnach, welche wir als die in dieser Materie herrschenden aufgefunden haben. Erstlich sind die Erzeugnisse gestohlener Sachen alsdann der Ersitzung unterworfen, wenn diese in Folge vermögensrechtlichen Verkehres an den Besitzer gelangt sind, welcher jene erzielt, und wenn dieß Letztere noch in fortdauernder Uebereinstimmung mit den Regeln dieses Verkehres geschieht. Als der erzielende Besitzer gilt zweitens in Bezug auf Kinder und Thierjunge derjenige, bei dem sich die Mutter zur Zeit der Conception befand, in Betreff der sonstigen Früchte derjenige, welcher sie einerntete[95]).

Beruht die eben entwickelte Auffassung in der Wahrheit, so müssen dieselben Rechtssätze wie für die Früchte der res furtivae auch für die der res vi possessae in Kraft bleiben. Gemeinhin beobachten unsere Juristen darüber ein vollständiges Stillschweigen. Näher erklärt sich v. Savigny[96]). Hier könne, meint er, das Verbot der Usucapion sich in keinem Falle auf die abgesonderte Frucht erstrecken, weil dasselbe auf unbewegliche Sachen eingeschränkt, alle Frucht aber beweglich sei. Eine zwiefache Ausstellung haben wir dagegen zu machen. Einmal gegen die Behauptung, daß die leges de vi ausschließlich von Immobilien handeln. Dieß ist in der That noch keineswegs über allen Zweifel erhaben, was wir schon oben (Note 72) zu bemerken Gelegenheit fanden. Zweitens liegt hinter den angeführten Worten unseres Auctors der Gedanke versteckt, daß nur die Eigenschaft als res vi possessae der Ersitzung der Früchte hindernd in den Weg treten würde, während unsere Theorie sich auf ein davon ganz verschiedenes Princip stützt. Indessen widerlegt sich die Savignysche Ansicht, wie wir glauben, sobald man einen Blick auf das uns nunmehr bekannte Recht der res furtivae zurückwirft, deren Analogie eine volle Beweiskraft zuzuschreiben, wir kein Bedenken tragen. Auch das bei dem Diebe concipirte Thierjunge konnte, wie wir sahen, nicht ersessen werden, obgleich daran durchaus nicht unter allen Umständen auch ein Diebstahl begangen ist. Zwar möchte man vielleicht dagegen noch den in L. 50 pr. D. de furt. 47, 2 (vgl. oben §. 3, Note 68) enthaltenen Satz zur

---

95) Am meisten dürfte unsere Darstellung wohl übereinstimmen mit der Huschkes in der Tüb. krit. Zeitschr. Bd. II, p. 207 ff.

96) Recht des Besitzes §. 22a, p. 318.

Anwendung bringen wollen[97]). Dawider haben wir auch an sich nicht viel einzuwenden; nur fragt es sich vor Allem, wie derselbe zu verstehen sei? Ulpian will den Zeitpunkt ermitteln, nach dem das Interesse des Bestohlenen abgeschätzt werden soll[98]). Hier sei nun auch eine spätere Werthsteigerung des entwendeten Objects in Ansatz zu stellen, quia et tunc furtum ejus factum esse, verius est; weil m. a. W. die Verletzung dieses Interesses auch damals fortdauert. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß gleichfalls die factischen Verhältnisse ihrerseits eine Gestalt darbieten, welche als selbständige Entwendung angesehen werden dürfte, und welche darum auch die erst neuerdings in das Dasein getretenen Accessionen mit begriffe, wie der an der Schwangeren verübte Diebstahl freilich auch ihr Kind erfaßt[99]). Wir vermögen deshalb den Weg nicht für richtig zu halten, auf welchem v. Savigny zu dem Ergebniß gelangt, die Früchte der res vi possessae seien als solche, d. h. abgesehen von anderweitigen Usucapionshindernissen, die sie möglicher Weise befallen haben möchten, der Ersitzung unbedingt unterworfen. Es ist nun zwar nicht zu leugnen, daß es in gewisser Weise für diese Behauptung spricht, wenn die Quellen dieses Punktes nirgends erwähnen. Bei Lichte besehen würde daraus jedoch immer nur auf die Richtigkeit des Resultates, nicht auf die der Rechnung zu schließen sein. Mit dem Ersteren stimmen nun auch wir im Wesentlichen überein; unsere eigenen Grundsätze führen uns eben dahin. — Nur vegetabilische Früchte sind dabei in Betracht zu ziehen, indem die animalischen bereits den Bestimmungen der Lex Atinia unterliegen. Ihr Schicksal richtet sich, wie unsere frühere Untersuchung dargethan hat, ausschließlich nach dem Momente der Separation.

---

97) Wie dieß u. A. Voët Comm. in Pand. h. t. Nro. 15 zu thun scheint.

98) Vgl. über diese Stelle v. Savigny System Bd. V, p. 451 ff.

99) Eine besondere actio furti steht wegen des erst nach der Entwendung geborenen Kindes dem Eigenthümer freilich nicht zu, L. 48, §. 5 D. de furt., denn ein besonderer Diebstahl ist daran allerdings nicht begangen, es ist nur mit der Mutter gestohlen worden. Darum darf man auch nicht aus der angeführten Stelle schließen, das bei dem Diebe concipirte und bei dem b. f. possessor geborene Kind sei nicht gestohlen, was wir übrigens in der That behaupten, nur jenes Fragment liefert keinen ausreichenden Beweis dafür. Bei der wegen der Mutter gegebenen Klage kommt aber auch das Interesse des Bestohlenen an dem ihm entzogenen Kinde in Rechnung. Vgl. L. 12 C. de furt. VI, 2. Auch gehört das bei dem Diebe concipirte Kind unstreitig zu den res furtivae im Sinne der Lex Atinia.

Nimmt diese ein bonae fidei possessor vor, so sind die Früchte ohne Weiteres usucapirbar. In Betreff des Besitzers im bösen Glauben ist es einmal schon zweifelhaft, ob er durch die Einsammelung der Erndte sich nicht selbst einer Entwendung schuldig mache. Durch die Veräußerung thut er es gewiß, und daß er selbst ersitze, läßt seine mala fides nicht zu. Es bleibt also für die Frage nach dem aus dem gewaltsamen Besitze entstehenden objectiven Mangel ein verhältnißmäßig nur sehr geringer Raum offen, so daß es kaum auffallen kann, wenn die Bruchstücke, welche sich aus der juristischen Litteratur Roms auf uns herüber gerettet haben, uns desfalls keine besondere Auskunft geben.

Wir haben uns bisher mit der Untersuchung beschäftigt, welche Gegenstände als res furtivae oder vi possessae der Ersitzung entzogen seien, und daraus eine Bestätigung für unsere Auffassung des Grundes für dieses Usucapionsverbot zu erlangen gesucht. Das gedachte Hinderniß ist nun aber nicht von ewiger Dauer. Es kann wiederum beseitigt und aufgehoben werden. Forschen wir nach, wie solches geschehen möge, so werden wir von unserm Standpunkte aus antworten müssen, sobald die in dem Diebstahle liegende Herausnahme des Objectes aus dem Vermögensverkehre dadurch vollständig getilgt wird, daß dasselbe dorthin zurückkehrt, woher es entwendet worden ist. Denn alsdann sind durch die völlige Wiederherstellung des alten Zustandes die Folgen jenes Vergehens gänzlich verschwunden und, wenn auch nicht rückwärts ungeschehen gemacht, so doch für die Zukunft vernichtet. Die factische Sachlage ist nunmehr dieselbe, die sie vor jener widerrechtlichen Störung war, und somit fallen denn jetzt auch deren Wirkungen in so weit weg, als sie sich auf die Fortdauer derselben gründeten, wie dieß von der Usucapionsunfähigkeit der res furtivae oben nachgewiesen ist. Vergleichen wir damit die positiven Vorschriften des Römischen Rechts, so werden wir in dieser Hinsicht zweierlei einer näheren Beleuchtung zu unterziehen haben. Einmal steht es zur Erörterung, in wessen Gewalt die Sache gelangen müsse, damit der sie belastende Makel von ihr genommen werde; dann, worin diese Rückkehr bestehen solle? In Betreff der ersteren Frage ertheilen uns unsere Quellen den Bescheid: unter die Herrschaft des Eigenthümers.

§. 8. I. h. t. II, 6. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini po-

testatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato procedit ejus usucapio [100]).

Dieß entspricht nun unserer Forderung nicht ganz, sofern ja der Eigenthümer nicht durchweg zugleich derjenige ist, aus dessen Gewahrsam die Sache gestohlen wurde. In der That lautete nun auch die Lex Atinia ursprünglich nicht also. Erst die spätere Interpretation derselben hat dieß geändert.

L. 4, §. 6 D. h. t. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. (Paull. lib. 54 ad Ed.)

Wogegen man sich in den leges de vi sofort der nachmaligen Auslegung und Terminologie anschloß. Wir haben darin einen chronologischen Anhalt, um die Zeit jener Umwandlung zu bestimmen.

L. 6 D. vi bon. rapt. 47, 8. Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve ejus pervenit, usucapi lex vetat. (Venulej. Lib. XVII, Stipulat.)

Wir sehen das Römische Recht hier also in bewußter Fortentwickelung begriffen. Den Punkt von dem dasselbe dabei ausging, stellt uns die Lex Atinia vor Augen, deren Fassung in dieser Beziehung schon bedeutsam ist. Es wird darin an die rein thatsächlichen Momente der Entwendung angeknüpft und, wie wir es oben thaten, die äußerliche Zurückführung der Dinge in ihre frühere Lage gefordert. Im Verlaufe der Zeit konnte man sich indessen wohl nicht verhehlen, daß damit doch noch nicht unbedingt das ehemalige Verhältniß in seiner ganzen Tragweite erneuert sei, daß die Entwendung nicht allein auf die Facta einen störenden Einfluß übe, sondern in ihnen gewisse Vermögensrechte treffe, daß gerade deren Verletzung den eigentlichen Grund für diese Usucapionsverbote abgebe, daß mithin Alles darauf ankomme, den unbefugten Eingriff in das fremde Rechtsgebiet wieder auszugleichen.

---

100) Vgl. §. 12 J. de obl. quae ex del. IV, 1. L. 215 D. de V. S. 50, 16. L. 5 C. de usuc. pro emt. VII, 26. Ueber den Unterschied, welchen man dieserhalb zwischen res furtivae und vi possessae hat machen wollen, s. unten.

Offenbar wird nun aber durch den Diebstahl die Sache nicht nur aus dem Vermögensverbande herausgehoben, in welchem sie zu ihrem nächsten Inhaber, sondern ebenso aus demjenigen, in welchem sie zu dem Eigenthümer steht. Das läßt schon die Art und Weise entnehmen, in der die actio furti hier beiden Theilen zugesprochen wird[101]). Nach beiden Richtungen hin muß denn auch die Restitution erfolgen, wenn anders das Recht des Inhabers von der Beschaffenheit ist, daß darnach ein Furtum an der Sache gegen ihn begangen werden kann[102]). Nicht immer, — und darum ist es uns hier vorläufig allein zu thun, — wird diese schon dann als geschehen angesehen werden können, wenn der Letztere das Corpus delicti wieder unter seine Obhut gebracht hat, indem nicht nothwendig damit auch jener seine alte Herrschaft wieder erlangt. Hierbei in die Einzelheiten tiefer einzudringen, sind wir gegenwärtig noch außer Stande; wir sehen uns aus Gründen der äußeren Anordnung unseres Stoffes genöthigt, dieß auf eine gelegnere Zeit zu verschieben.

Wir haben uns so eben darüber Rechenschaft zu geben versucht, zu wem der entwendete Gegenstand Behufs der Tilgung des Usucapionshindernisses gelangen müsse, wenn neben dem Eigenthümer sich noch ein anderweitiger Berechtigter vorfindet, der seine Befugnisse, seien diese dinglicher oder obligatorischer Natur, von Ersterem ableitet. Dabei wurde von einer zweiten Möglichkeit einstweilen noch abstrahirt, von der, daß ein gutgläubiger Besitzer, der zu jenem vielleicht in gar keiner Beziehung steht, das fragliche Object inne hatte. Man könnte sich nun dafür, daß die Rückkehr zu dem bonae fidei possessor auch der Ersitzung wieder freien Lauf lasse, allenfalls darauf berufen, daß ja der ganze Satz der Lex Atinia ziemlich überflüssig sei, wenn man bei seiner nachmaligen Auslegung unter dem Dominus nur den wahren Eigenthümer verstanden habe, indem die fernere Veräußerung durch denselben ohne Weiteres das volle Eigenthum übertrage. Wenigstens argumentirt Cujacius bei einer anderen Gelegenheit ganz ähnlich[103]). Die Unrichtigkeit dieses Schlusses liegt indessen zu

---

101) L. 47, §. 1, 3, 4.; L. 76.; L. 89 D. de furt. 47, 2. Vgl. darüber v. Buchholtz, Juristische Abhandlungen. Königsberg 1833, Nro. XXVII, p. 340 ff.

102) Vgl. unten p. 166 ff.

103) Ad L. 4 D. h. t. O. O. Tom. I, col. 969, 970. Vgl. S. de Cocceji. Jus controv. h. t. Quaest. XVI. i. f.

sehr auf der Hand, selbst wenn wir von der Function der Ersitzung, Quiritisches aus bonitarischem Eigen zu schaffen, durchaus absehen, die Stelle also lediglich in ihrem Zusammenhange mit dem Justinianischen Rechte betrachten, als daß wir noch ein Wort darüber zu verlieren brauchten. Die Vorschrift des genannten Gesetzes bleibt noch jetzt für diejenigen in Kraft, welche ihren Besitz von einem dritten Nichteigenthümer empfangen haben. Höchstens damit ließe sich jener Irrthum noch einiger Maßen entschuldigen, daß die betreffenden Fragmente durch die Unachtsamkeit der Compilatoren einen verführerischen Schein erhalten haben, indem sie sich zum Theil auf die Usucapion derer bezogen, welchen zwar von dem Eigenthümer selbst, jedoch nicht in formeller Weise eine res mancipi übertragen ist. — Von allen Seiten hat man nun aber auf eine Stelle unserer Rechtsquellen das höchste Gewicht gelegt, und sie in richtiger Würdigung ihrer Bedeutsamkeit zu dem Mittelpunkte der gesammten Erörterung gemacht.

> L. 6, §. 3 D. de precar. 43, 26. Julianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere, et incipere precario; neque existimare, sibi ipsum causam possessionis mutare, quum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit precario possidere; nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere. (Ulp. Lib. LXXI. ad Ed.)

Der oben angegebene Ausweg ist hier unmöglich; mit den deutlichsten Worten wird uns gesagt, daß derjenige, welcher ohne Mittelsperson von dem Vertriebenen kaufe, usucapiren könne; war dieser der Eigenthümer, so bedurfte es ihrer ja nicht erst; er war also nur bonae fidei possessor, mithin wird durch die Rückkehr zu ihm der dem Grundstücke als res vi possessa anklebende Mangel gehoben. Daß dieß Fragment ursprünglich auf die Ersitzung des Quiritischen Eigenthums an einem nicht mancipirten Italischen Grundstücke gegangen sei[104]), hat freilich die höchste Wahrscheinlichkeit für sich. Nur von dem Abschlusse des Kaufes ist die Rede, der Mancipation wird mit keinem Worte gedacht. Allein, wie sollen wir den Ausspruch Julians im Sinne der Compilatoren deuten? Nur zwei Möglichkeiten sind unseres Erachtens hier gegeben. Entweder wir zeihen Tribonian einer

---

104) Vgl. v. Vangerow, Pand. Bd. I, p. 669.

entschiedenen Uebereilung, oder wir gestehen zu, daß die Lex Plautia und Julia unter dem dominus auch den gutgläubigen Besitzer begriffen. Alle anderen bisher an das Licht getretenen Auskunftsmittel sind unannehmbar. Falsch ist zuvörderst die Erklärung der Glosse[105]), daß bei gewaltsam in Besitz genommenen Immobilien anders als bei entwendeten Sachen schon die Restitution an den Dejicirten ausreiche. Unser eigener Text stellt diesen als zum Verkaufe befugt dar; er muß also mindestens bonae fidei possessor gewesen sein. Das geht auch aus der, wie es scheint, authentischen Mittheilung der desfallsigen Bestimmung der leges de vi hervor, wo ausdrücklich der „dominus" namhaft gemacht wird; das ist eben nicht jeder beliebige Inhaber[106]). In sofern hat denn Amaya[107]) vollständig Recht, der Ansicht der Glosse L. 6 D. vi bon rapt. entgegen zu halten; er läßt sich dann aber seinerseits zu weit fortreißen, wenn er sich daraus nachzuweisen bemüht, daß einzig, sobald der Eigenthümer die Sache in seine Gewalt bekomme, deren Usucapionsfähigkeit wieder herbeigeführt werden könne. So gut wie die Gesetzesworte selbst, so gut muß auch die auf wissenschaftlichem Wege aus ihnen gezogene Regel — und in diesem Verhältnisse steht jene Verordnung der leges de vi zu der lex Atinia — aber-

105) Gl. ad L. 6, §. 3 D. cit. v. possidere. Ihr folgt später namentlich Donellus l. c. V, c. 28, §. 4, er beruft sich nebenbei auch noch auf §. 8 J. h. t., wo die Worte: „tunc vitio rei purgato procedit ejus usucapio" von ihm folgender Maßen ausgelegt werden. „Quibus verbis nihil amplius de reditione ista in potestatem exigi apparet, quam ut vitium rei, quod prius contractum erat, purgetur. Atqui quum quis vi dejectus est, non aliter purgatur id vitium, quam si dejectus restituatur in possessionem, atque hoc restituto purgatur. Quapropter hac restitutione secuta res vi possessa esse desinet, et poterit usucapi." Augenscheinlich leidet das ganze Raisonnement des Donellus an einem Irrthume, vor dem schon oben (p. 128) gewarnt wurde, der Verwechselung des gegen die Person des Besitzers gerichteten Delictes der Dejection mit den objectiven Folgen aus der Besitznahme des Grundstücks durch den Dejicienten. Weitere literar. Nachweisungen über diese Ansicht finden sich bei Amaya, Observ. II, c. 8, p. 189.

106) Dagegen kann ohne Anstoß derjenige dominus genannt werden, welcher den animus domini hat, namentlich wenn er ihn ohne sich eines Unrechtes bewußt zu sein entwickelt, und deshalb auch in gewissen Grenzen seine Anerkennung durch das Recht verlangen kann. So scheint auch in der lex Aquilia der Ausdruck „dominus" vorgekommen zu sein, wenn es in L. 43 D. ad leg. Aquil. 9, 2 heißt: Dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum etc. (Vgl. übrigens L. 2 pr., L. 27, §. 5 D. eod.) Nichts desto weniger wurde dem bonae fidei possessor mindestens eine in factum actio gegeben. S. L. 11, §. 8; L. 17 pr. D. eod. Vgl. L. 73, §. 1 D. de leg. III, 32; L. 157 pr, D. R. J. 50, 17. Dirksen, Manuale s. v. dominus §. 3.

107) Observation. Lib. II, c. 8, Nro. 5, p. 189, 190.

mals der Interpretation unterliegen. Die kritischen Verbesserungsvorschläge des Cujacius[108]) haben wohl niemals eines erheblichen Beifalls genossen. Ob darin die von Amaya aufgestellte Erklärung ein besseres Loos treffen werde, möchten wir, auch nachdem sich neuerdings v. Vangerow[109]) zu ihr bekannt hat, bezweifeln. Darnach soll nämlich der Schlußsatz der L. 6, §. 3 cit. auf „den Eigenthumsbesitz pro emtore" zu deuten sein. Allein das scheint uns doch mit der Fassung der Stelle schwerlich vereinbar. Denn „dominium" ist nicht „der Eigenthumsbesitz," sondern geradezu „das Eigenthum." Dominium posse capere heißt also „das Eigenthum" nicht den Eigenthumsbesitz „erwerben," oder gar etwa das Eigenthum besitzen „können." Zudem ist dieser Erwerb kein solcher, der einer Dauer bedürfte; in einem Augenblicke wird er vollendet. Der Ausdruck „incipere" weist jedoch auf einen gewisse Zeit hindurch währenden Zustand hin. Freilich gehört dieß Verbum zunächst mit dem Infinitiv posse zusammen, was bei unserer Auslegung hier völlig am rechten Platze ist, indem es die jetzt eröffnete Möglichkeit der Usucapion dem früheren Verbote gegenüber setzt, während einer anderweitigen Eigenthumsübertragung niemals etwas im Wege war, so daß die scharfe Betonung des Könnens durchaus müßig bleibt. Und selbst, wenn wir v. Vangerow folgen, und auf jenes „posse" kein besonderes Gewicht legen, will immer noch der Begriff des Beginnens in den Gedankengang nicht passen, da der Besitz unmittelbar mit dem Kaufe an den Eindringling übergeht, wie unsere Quellen mehrfach bezeugen; so z. B. in:

> L. 9, §. 5 D. de A. R. D. 41, 1. — licet enim ex ea causa tibi eam (sc. rem) non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio. (Gai. Lib. II. Rer. quotidianar. sive Aureor.)[110])

---

108) Observation. Lib. XXIV, c. 13. Amaya l. l, Nro. 9 sagt von ihnen: „Quae tamen literae corruptio nec recipi potest, nec est necessaria." Eine ganz der unsrigen ähnliche Wortfügung treffen wir bei Ulp. Tit. XXIX, §. 3 an. Cujacius spricht sich seines Theils darüber nicht aus, wie er seiner Conjectur „incipere etiam pro emtore possessionis dominium capere" den Ausdruck „possessionis dominium" verstanden wissen wolle. Man kann ihn nämlich einmal übersetzen „das Eigenthum an der Besitzung," dann aber auch „die Herrschaft über den Besitz," wie denn Cujacius an einem anderen Orte (Recit. ad Tit. Dig. de poss. in L. 21 O. O. Tom. VIII, col. 273, 274) ein vierfaches Dominium statuirt, das dominium proprietatis, ususfructus, possessionis und usus.

109) Pand. Bd. I, §. 317, p. 669.

110) Vgl. L. 21, §. 1 D. eod. §. 44 J. de R. D. II, 1.

Von der Statthaftigkeit der Besitzergreifung in Folge des abgeschlossenen Geschäftes ist demnach nicht weiter zu reden, obschon eben erst durch diese brevi manu traditio, nicht aber durch den Verkauf an sich das Usucapionshinderniß als beseitigt angesehen wird. Wenn endlich Arndts[111]) annimmt, die Entscheidung Julians beruhe darauf, daß „der Eigenthümer vindicandae rei potestatem" habe, wie dieß bei unbeweglichen Sachen regelmäßig der Fall sein werde, und daß deshalb das Grundstück von Neuem ersitzungsfähig geworden sei, so setzt das folgerichtig voraus, daß res vi possessae stets als usucapirbar betrachtet werden müssen, wo nicht etwa ganz besondere Umstände namhaft gemacht werden, welche der Klaganstellung von Seiten des dejicirten oder nicht dejicirten Eigenthümers unüberwindliche Hemmnisse bereiten. Ein wenn gleich nur flüchtiger Blick auf die betreffenden Pandektentitel lehrt nun aber, daß die Römischen Juristen nirgends, selbst da nicht, wo sie ausdrücklich von dem Fortwirken des Verbotes handeln, unsere Aufmerksamkeit auf das Obwalten derartiger Ausnahmszustände lenken, und daß man darum aus deren Nichterwähnung noch keinesweges auf ihr Nichtvorhandensein schließen darf. — Leitet sonach eine vorurtheilsfreie Erwägung des Inhaltes der L. 6, §. 3 D. cit, falls man nicht vorzieht, den Compilatoren ein gröbliches Versehen zur Last zu legen, mit Nothwendigkeit zu der Unterstellung hin, daß der Makel der Furtivität bereits durch die Rückkehr zu dem bonae fidei possessor abgewaschen werde, so fragt es sich nunmehr, ob auch die logische Construction des das gesammte Verhältniß beherrschenden Grundgedankens zu dem gleichen Resultate fördere. Wir haben zu dem Ende die abermalige Anknüpfung der früheren, von dem Diebe oder Dejicienten eigenmächtig zerrissenen Vemögensbeziehungen verlangt, indem wir bei einer etwas tiefer eingehenden Betrachtung uns davon überzeugen mußten, daß dieß Ziel nicht schon unbedingt durch die Wiederaufrichtung der zerstörten factischen Sachlage erreicht werde. Sofern nun der gutgläubige Besitzer sich allerdings in einer bestimmten vermögensrechtlichen Relation zu dem betreffenden Gegenstande befindet, geschieht unserer Anforderung bereits genug, wenn er seine Herrschaft darüber zurückerhält. Das Recht des Eigenthümers geht hier durchaus parallel neben dem des Besitzers her; beide treffen nirgends zusammen, und so liegt

---

111) Pand. p. 228, Note 3b. Vgl. v. Vangerow a. a. O.

in der Verletzung des Einen eben noch keine Verletzung des Anderen. Was hier von jenem gesagt ist, muß um so mehr von einem ehemaligen bonae fidei possessor, der zur Zeit der Entwendung die Sache nicht mehr inne hatte, seine Richtigkeit behalten, als dessen Recht dem des Eigenthümers gegenüber nur ein untergeordneteres ist.

Hieran reiht sich nun aber eine weitere Untersuchung sehr natürlich an, ob nämlich der Rückerwerb des gestohlenen Objectes durch den unredlichen Besitzer dieselbe Wirkung äußere. Unterholzner [112]) antwortet darauf unbedenklich mit einem Ja. So einfach, glauben wir, ist jedoch die ganze Frage nicht zu erledigen. Zwar unser Fragment könnte eben so wohl als auf den gutgläubigen Besitzer auch auf den im bösen Glauben sich erstrecken [113]). Denn erst in Nov. 119, cap. 7 hat Justinian die Usucapion der wider Wissen und Willen des Grundherrn betrüglich veräußerten Immobilien untersagt. Bis dahin konnten sie also auch in Folge eines Kaufes von dem unredlichen Besitzer ersessen werden. Ja, man dürfte vielleicht versucht sein, uns mit unseren eigenen Waffen zu schlagen, indem man schließt, der gute oder böse Glaube habe wohl einen Einfluß auf den Umfang der dem Inhaber zustehenden Befugnisse, mache diese aber doch nicht in ihrem Wesen zu verschiedenen, so daß dadurch deren Stellung zu dem Rechte des Eigenthümers nicht verändert werde. So wenig daher der gegen den Einen verübte Diebstahl dasselbe beeinträchtige, so wenig lasse sich das behaupten, wenn die Sache dem Anderen entwendet sei; Beide hätten mithin eine gleiche Behandlung zu fordern. Allein man kann hier doch noch von einem anderen Standpunkte ausgehen. Der gestörte Vermögensverkehr, — das ist das Entscheidende — soll wieder in sein altes Gleis hinübergeführt werden. Es handelt sich also nicht etwa darum, ein persönliches Unrecht wieder gut zu machen, sondern es kommt auf die Herstellung objectiv geordneter Verhältnisse an. Schon oben mußten wir uns nun sagen, der wissentliche Erwerb einer res furtiva sei nicht einmal in Betreff des Fruchtbezuges geeignet,

---

112) A. a. O. Bd. I, §. 68, p. 226, No. 3.

113) In sofern ist es nicht ganz genau, wenn Unterholzner a. a. O. §. 74 die Deutung auf den bonae fidei possessor die „für das Justinianische Recht allein passende“ nennt. Er weist dabei auch auf den Sprachgebrauch der Worte: „pro emtore dominium capere“ hin. Vgl. noch Schmid a. a. O. p. 204, Not. 29.

diese in einen regelmäßigen Verkehr zurückzubringen, indem ja die Absicht des neuen Besitzers unleugbar darauf gerichtet ist, dem rechtmäßigen Herrn sein Eigenthum vorzuenthalten. Dieß ist nun auch in unserem Falle noch völlig wahr. Wird dadurch auch nicht gerade positiv störend in den anerkannten Vermögensbestand eingegriffen, indem wenigstens äußerlich die rechtlichen Formen beobachtet sind, so ist doch eben so wenig die Ansicht zu vertheidigen, daß sich die gestohlene Sache bei dem malae fidei possessor in einer den Verkehrsgesetzen entsprechenden Lage befände. Gelangen also die Objecte des Diebstahls und der gewaltsamen Besitznahme in seine Obhut zurück, so sind sie damit noch keinesweges in einen recht- und ordnungsmäßigen Verkehr übergetreten, dessen Strömung sie nun bloß einfach zu folgen brauchten. Und selbst, wenn vor der Restitution noch der Bestohlene oder Vertriebene von der fremden Angehörigkeit der Sache in Kenntniß gesetzt ist, wiewohl er bei ihrem ersten Ueberkommen Nichts davon wußte, erheben sich gegründete Zweifel, ob er dessen ungeachtet dem bonae fidei possessor in dieser Hinsicht gleichzuachten sei, da die Empfangnahme nunmehr kaum für ganz tadellos gelten kann. Und endlich läßt uns diese Auffassungsweise begreifen, in wie fern man sogar dann, wenn der Gegenstand einem gutgläubigen Besitzer entwendet und demnächst in die Hände des wahren Eigenthümers gekommen war, das Usucapionshinderniß für erloschen erklären durfte[114].

Wir gehen jetzt auf den zweiten Punkt über, dessen Erörterung uns hier obliegt. **Was, fragen wir, muß geschehen, damit man sagen könne, die Sache sei in die Gewalt ihres Herrn zurückgekehrt?** Fast möchte man sich wundern, wenn eine solche Frage überhaupt aufgeworfen wird. Es scheint sich so sehr von selbst zu verstehen, was damit gefordert werde, das Ganze so ausschließlich von den jedesmaligen Umständen abzuhängen, daß ein weiteres Forschen nach allgemeineren Regeln schwerlich zu irgend einem brauchbaren Resultate verhelfen möchte. Einen wesentlich anderen Anstrich erhält jedoch diese Untersuchung schon, wenn wir unsere Aufgabe so formuliren, wie wir dieß nach unserer bisher entwickelten Anschauungsweise zu thun eben so sehr berechtigt, als genöthigt sind. Wir haben darnach zu zeigen, was geschehen solle, damit die früheren Vermögensbeziehungen von

---

114) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 68, Nro. 1, p. 225.

Neuem angeknüpft werden. Diese Restitution kann nun nicht anders als nach drei verschiedenen Richtungen hin erfolgen; einmal von der factischen, dann von der rechtlichen Seite aus; endlich ist das richtige und vollständige Bewußtsein des Eigenthümers über die Bedeutung des gesammten Vorganges unerläßlich.

Wir beginnen mit dem factischen Momente. Dieß fällt zunächst in die Augen; wie die Entwendung und die Dejection dem Gebiete der Thatsachen angehören, so darf auch die Reinigung von dem dadurch entstandenen Makel des thatsächlichen Grund und Bodens nicht entbehren. In dieser Hinsicht ist nun die Wiedererlangung des entrissenen Besitzes gewiß hinreichend. Das bezeugen denn auch unsere Quellen an mehrfachen Orten und erblicken darin zum Theil sogar die einzige Möglichkeit des reverti in potestatem.

L. 10 C. de furt. VI, 2. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Valerio. — Si abducta mancipia furto vel plagio venum data praeses provinciae perspexerit, quum nec ab emtore propter cohaerens vitium, antequam ad dominum possessio revertatur, haec usucapi possint, et te ei, cujus fuerint, successisse repererit, restitui tibi providebit. (Sine die et consule).

L. 12 C. eod. Jidem A. A. et C. C. Quintae. — Ancillae subtractae partus apud furem editi priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt; — Dat. Id. Octob. Sirmii Caess. Conss. (294—305).

Das Gleiche berichtet Theophilus unter ausdrücklicher Erwähnung der res vi possessae.

Paraph. Inst. §. 8 h. t. — *οἷον κλέψας σὺ τὸν οἰκέτην Τιτίου, ἢ βίᾳ λαβὼν τὸν αὐτοῦ ἀγρὸν ἐπώλησάς μοι· ἐπείχετο τὰ τῆς οὐσουκαπίονος· συνέβη ἐν τῷ μεταξὺ ἀπ᾽ ἐμοῦ ἐπὶ Τίτιον τὸν δεσπότην μετατεθῆναι τὴν νομὴν· εὐθέως παύεται τοῦ εἶναι φούρτιβα ἢ βί πόσσεσσα τὰ πράγματα· διὸ γενόμενα μετὰ ταῦτα ὑπο τὴν ἐμὴν κατοχὴν ἀκωλύτως οὐσουκαπιτευθήσεται·* [115])

---

115) In der Uebersetzung bei **Reitz Theoph. Paraphr. p. 291** lauten

Gleichgültig muß es dabei natürlich sein, ob dieser Besitz in eigener Person oder durch Vermittelung Anderer erlangt wird, ob der Vertreter nur den körperlichen Gewahrsam an Statt des Dominus ausübt, oder zugleich seinen Besitzwillen ergänzt[116]). Es kommen hier mit einem Worte durchaus die allgemeinen Grundsätze aus der Besitzlehre zur Anwendung. Dieß ist indessen nicht ganz außer Streit. Vielmehr hat in neuerer Zeit die Meinung überwiegende Geltung errungen, daß unter Umständen der Anforderung der lex Atinia mit dem bloßen Besitzerwerbe noch keinesweges genug gethan sei. Wir stellen es nicht in Abrede, eine eigenthümliche, ja mitunter vielleicht selbst befremdliche Gestaltung können die sonst wohlbekannten Regeln noch dadurch gewinnen, daß der Gegenstand unmittelbar aus der Inhabung eines Repräsentanten gestohlen wird. Muß hier der Herr — so hat man gefragt — von der Rückkehr der Sache zu seinem Stellvertreter in Kenntniß gesetzt sein, oder ist dieß nicht gerade erforderlich? Und hier ist denn, wenigstens in unseren Tagen, die erste Alternative häufig zum Princip erhoben worden[117]), wovon dann freilich verschiedene Ausnahmen zuzugeben waren, namentlich die, daß es jener Kenntniß nicht bedürfe, sobald der Eigenthümer auch von dem Verluste der Sache Nichts erfahren habe. Den Grund für diese Fassung, eine Aufklärung darüber, warum man in dem Einen die Norm, in dem Anderen die Anomalie erblicke, ist man allerdings schuldig geblieben, und man hätte augenscheinlich eben so gut Alles umwenden, die Ausnahme zur Regel und die Regel zur Ausnahme machen können. Es fehlte dabei in der That an der erschöpfenden Einsicht in den hier maßgebenden Gedanken, und bloß die zufällige Aeußerlichkeit, daß man mit der Betrachtung des in Rede stehenden Falles gleich die eines zweiten verband, wobei man jedoch die wesentlichen Unterschiede beider zu wenig beachtete, ist der Anlaß für die nun einmal beliebte Dar-

---

diese Worte also: Veluti tu Titii servum subripiens aut agrum ejus vi capiens mihi vendidisti; jus usucapionis inhibebatur. Interea evenit, ut possessio a me in Titium dominum transferretur; statim res desinunt furtivae esse vel vi possessae. Itaque post illa in meam pervenientes possessionem sine impedimento usucapientur. Vgl. L. 86 D. de furt. 47, 2.

116) L. 56, §. 4 de furt. vgl. L. 4, §. 11 D. h. t.

117) So Unterholzner a. a. O. §. 69, p. 229. Ihm folgt Sintenis Civilist. Bemerkung. Nro. II. Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 18, p. 300. Schmid a. a. O. p. 202 u. A. m. Vgl. v. Savigny. R. d. Bes. p. 365, Note 1.

stellung geworden. Wenn nämlich die Entwendung den Herrn getroffen hat, und dann ein Dritter in seinem Namen Besitz ergreift, ist des Ersteren Wissenschaft hierüber nothwendig. Allein darin darf man, wenn man sich nur vor weiteren Mißverständnissen bewahrt, wovon unsere Gegner nicht völlig frei zu sprechen sind, nicht im Mindesten etwas Außergewöhnliches suchen. Der Satz „ignoranti possessio non adquiritur“ ist einer der Grundpfeiler in der Besitzlehre und behält natürlich auch hier seine volle Wirksamkeit. Darauf bezieht sich ein Fragment der Digesten, welches man als den umfassendsten Ausdruck jener vermeintlichen Regel wohl an die Spitze der betreffenden Erörterungen zu stellen pflegt.

> L. 41 D. h. t. Si rem surreptam mihi procurator meus apprehendit, quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat, nihilomagis eam in potestatem meam rediisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit. (Nerat. Lib. VII. Membranar.)[118])

Unsere Widersacher haben aus demselben eine unmittelbare Bestätigung für die Theorie herauszudeuten versucht, daß der Besitz, welchen der Eigenthümer durch eine Mittelsperson an der Sache erlange, zur Tilgung des Makels nicht ausreiche, wofern nicht jener zugleich von der geschehenen Apprehension unterrichtet sei. Sie gingen also ohne Scheu über die Schranken hinaus, innerhalb deren jenes Verlangen sich noch als eine bloße Consequenz aus der angeführten Rechtsparömie ergeben würde, und treten dadurch in Widerspruch mit denjenigen Zeugnissen, welche einzig den Besitzerwerb als Bedingung des reverti in potestatem nennen. Das hat schon immer etwas Mißliches. Ist dieß nun aber auch wirklich der Sinn der L. 41 D. cit? Si rem surreptam mihi — heißt es; es leidet sonach keinen Zweifel daß der Dominus selbst, nicht der Procurator der Bestohlene war. Bedenken kann nur das Folgende erregen. Wer wird hier als „procurator meus“ bezeichnet? Wir verstehen darunter einen procurator omnium bonorum[119]). Allein ein solcher verschafft seinem

118) Die Basiliken tragen zur Interpretation dieser Stelle eben nicht viel bei. Die entscheidenden Worte werden dort (Lib. 50, Tit. III, c. 39) also wiedergegeben: *εἰ τὸ παρ᾽ ἐμοῦ κλαπὲν ὁ διοικητής μου κατάσχῃ, οὐ δοκεῖ ὑπ᾽ ἐμὲ γενέσθαι — κἂν νομὴ διὰ φροντιστοῦ προςπορίζηται.*

119) So schon die Glosse. Gl. ad h. t. v. procurator. Generalis non ad hoc specialis alioquin nulla esset captio secundum Jo.

Vollmachtgeber bekanntlich den Besitz nicht ohne dessen besondere Genehmigung[120], und dennoch scheint Neratius in dem Zweifelsgrunde „quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat“ stillschweigend anzunehmen, hier sei in Wahrheit der Herr wieder in den Besitz gekommen[121]. In der Auffassung dieser Worte liegt die Entscheidung der ganzen Frage beschlossen. Halten wir uns indessen streng an den Buchstaben unseres Textes, so wird darin am Ende nicht mehr gesagt, als daß, unerachtet das Recht eine solche Vertretung ohne Anstand zulasse, nichtsdestoweniger die Rückkehr in die Gewalt nicht schon bewirkt sei. Ob jene juristische Möglichkeit aber auch in der That in Erfüllung gegangen, darüber erhalten wir keinen näheren Aufschluß; nur so viel läßt sich aus dem angeregten Einwurfe ersehen, daß man dieß zu bejahen wenigstens bis zu einem gewissen Grade geneigt sein mußte. Und das konnte man wirklich, wenn man von der Argumentation ausging, daß der Beschädigte jedenfalls die Absicht habe, sein Gut wieder an sich zu ziehen, daß der Procurator darin ganz seinem Willen gemäß verfahre, ihm also auch ohne Weiteres den Besitz zueigne. Dennoch beruht diese Schlußfolgerung auf einem logischen Fehler, auf der Verwechselung zwischen dem in der Zukunft schwebenden Wunsche und dem thatkräftigen gegenwärtigen Wollen, wie es selbst im Auftrage entwickelt wird. Denn hier verschwimmt doch das Ziel nicht als ein bloß denkbares in nebelhafter Ferne, sondern steht als ein eben jetzt erstrebtes unmittelbar vor uns. Mit Recht verwirft daher der Jurist diese ganze Ansicht und belegt sie mit dem Namen einer „verfänglichen.“ Der letzte Grund dafür ist einfach der, daß es unter der mitgetheilten Voraussetzung an dem rechten animus possidendi mangelt. Da nun anderweitige Beweise für die gegentheilige Doctrin nicht beigebracht sind, können wir getrost als Ergebniß unserer Erörterung den Satz hinstellen, daß der Eigenthümer, aus dessen Gewere eine Sache entwendet wurde, zum Zweck der Beseitigung des Usucapionshindernisses um die Appre-

120) Paull. R. S, Lib. V, Tit. 2, §. 2. L. 42, §. 1 D. de poss. 41, 2. vgl. v. Savigny. R. d. Bes. p. 365, 366.

121) So will die Glosse a. a. O. aus diesen Worten folgern, auch der Generalbevollmächtigte erwerbe unmittelbar seinem Gewaltgeber den Besitz. Umgekehrt bemerkt Cujacius ad voc. „procurator“ (O. O. Tom. I, col. 988. vgl. ibid. col. 967 ad L. 4, §. 8 D. h. t. v. „ideoque etsi servus“) cui hoc mandatum est. Eine ganz abweichende sicherlich falsche Erklärung findet sich bei Majansius Disp. jur. Tom. II, disp. 66, Nro. 14, p. 322.

hension durch seinen Geschäftsführer nur in sofern zu wissen brauche, als dieß schon für den Besitzerwerb vonnöthen ist.

Wir sind nunmehr im Stande, die Frage wieder aufzunehmen, von welcher wir im Vorigen anhoben: ob der Herr, dessen Stellvertreter ein Gegenstand gestohlen ist, von dessen Restitution an jenen unterrichtet sein müsse? Wir antworten mit Donellus:[122]) diese Kenntniß wird erheischt, sobald auch die Kunde von der Entwendung zu seinen Ohren gekommen ist.

L. 4, §. 8. D. h. t. Ideoque et si servus meus rem mihi surripuerit, deinde eandem loco suo reponat, poterit usucapi, quasi in potestatem meam redierit; utique si nescii; nam si scivi exigimus, ut rediisse sciam in meam potestatem. — §. 10. Item Labeo, si rem, quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex poenitentia redemeris, et eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Der erste Paragraph spricht das beherrschende Princip mit klaren Worten aus; der letztere macht davon Anwendung auf die besonderen Verhältnisse, mit denen wir uns hier gerade beschäftigen. Denn daß der Zwischensatz: „sive ignorante me, sive sciente ea gesta sint“, nur dahin zu verstehen sei, daß dieses Wissen oder Nichtwissen sich auf Beides, den Verlust wie den Wiedererwerb erstrecke, läßt bereits der auf eine Mehrheit von Thatsachen hinweisende Plural genugsam erkennen, so daß man Unrecht thun würde, wollte man Paullus hier einer Zweideutigkeit im Ausdrucke zeihen[123]). Es liegt auf der Hand, wenn wir auf die obige Darstellung zurückblicken, wir hier gleichfalls die unerfüllte Nothwendigkeit des Besitzwillens die Proculeanische Entscheidung herbeigeführt habe. Ist derselbe einmal durch das Bewußtsein fremder Herrschaft völlig zerstört, so kann der Besitz nicht eher beginnen, mögen auch im Uebrigen die factischen Vorbedingungen dafür eingetreten sein, ehe die Ueberzeugung von der abermaligen Unterwerfung der Sache bei dem Bestohlenen wieder lebendig geworden ist. — Wo dem Vermögenssubjecte, gegen wel-

122) Comm. jur. civ. Lib. V, c. 28, §. 12.
123) Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 69, p. 231, 232.

ches der Diebstahl gerichtet war, die Fähigkeit des animus possidendi abgeht, behält natürlich das, was bisher in Bezug auf den Eigenthümer bemerkt wurde, seine analoge Gültigkeit für die Personen bei, deren Wille alsdann ergänzend nachhilft.

L. 4, §. 11 D. h. t. Si pupilli res surrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor ejus sciat, rediisse eam in domum pupilli, et si furioso, sufficere curatores scire[124]).

Freilich, haben sie selbst das Recht ihres Pflegebefohlenen gekränkt, statt es zu schützen, so vermag unmöglich ihre Inhabung die Furtivität zu tilgen, sondern diese Kraft hat lediglich die persönliche Gewalt des Pupillen, welche ihn ja auch unabhängig von dem Vollworte seines Vormundes zum Besitzer macht[125]).

L. 7, §. 3 D. pro emt. 41, 4. Si tutor rem pupilli surripuerit, et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat; nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, quum tutelam administrat, non quum pupillum spoliat. (Julian. Lib. 44 Dig.)

Aus den dargelegten Grundsätzen empfängt denn auch ein Fragment der Digesten sein volles Licht, welches man sonst wohl zu den schwierigeren gerechnet hat.

L. 4, §. 7 D. h. t. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat; si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.

Niemand wird uns die Last aufbürden wollen, über die volle Unzahl der verschiedenen Auslegungen, welche diese Stelle erfahren hat, genauen Bericht zu erstatten. Auch in Betreff unserer eigenen Interpretation können wir uns kurz fassen. Es ist die des Cujacius[126]), zu deren Erläuterung dann noch Sintenis einen

---

124) Vgl. L, 56, §. 4 D. de furt. 47, 2.

125) L. 1, §. 3 de poss. 41, 2. — si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant. vgl. v. Savigny, Bes. p. 283.

126) Comment. ad h. t. L. 4, §. 7. (O. O. Tom. I, col. 967) und Rec. ad L. 54 Paull. ad Ed. L. 4, §. 7 h. t, (O. O. Tom. V, col. 709, 710).

ausführlicheren Commentar geliefert[127]) hat. Darnach ist der Inhalt des abgedruckten Paragraphen folgender: Wenn der Sklave, dem eine Peculiarsache ohne mein Wissen dieblich abhanden gekommen ist, diese zurückempfängt, so ist der Makel, nach Labeo's Meinung, dadurch abgewaschen. Paullus geht noch weiter; er behauptet, daß dies auch dann der Fall sei, wenn ich um die Entwendung gewußt habe; nur genüge es alsdann nicht, wenn jener ohne meine Kenntniß den Gegenstand in Besitz nehme. Gerade diese letzte Aeußerung muß auffallen, wenn man sich erinnert, daß in dem Peculium der Wille des Sklaven den des Herrn vertritt. Fordert nun wirklich die Lex Atinia Nichts weiter als das Vorhandensein des Besitzes, wie kommt es, daß hier dennoch die Wissenschaft des Letzteren als Voraussetzung des reverti in potestatem erscheint? Diese Erwägung hat denn auch offenbar Huschke[128]) zu seiner Conjectur „nec enim officit" für das handschriftliche „nec enim sufficit" bewogen. Eine Emendation, die nicht eher ihre volle Widerlegung findet, bevor das Unrichtige in jenem Gedanken nachgewiesen ist, auf welchen sie sich augenscheinlich stützt. Der Fehler desselben liegt nämlich darin, daß man den Sklaven, der ein Peculium verwaltet, dem Vormunde durchaus gleichachtete, welcher selbständig an Stelle des Mündels den animus possidendi entwickelt. — Zwar heißt es auch von den Sklaven in L. 3, §. 12 D. de poss. 41, 2 — videmur eorundem et animo et corpore possidere. Genauer jedoch in L. 1, §. 5 D. eod. — nostra voluntate intelliguntur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. Während der Tutor in Hinsicht des animus possidendi an den Willen des Pupillen gar nicht gebunden ist, kommt der des Sklaven nur als Ausfluß aus dem Willen des Herrn in Betracht; er wird nur in so weit juristisch wirksam, als er sich in der That auf den letzteren gründet. Wo dieser demnach unter den gegebenen Umständen ausgeschlossen ist, bleibt auch jener inhaltsleer. Der Glaube, daß der Knecht die bestimmte Sache nicht besitze, läßt nun den Eigenthümer dieselbe von seinem allgemeinen bei dem Diener gleichsam deponirten

---

127) Civilistische Bemerkungen, Nro. II. Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 18, p. 299 ff. Vgl. Deutsches Corpus Juris, Bd. IV, p. 301, 302.

128) Kleine kritische Versuche. Nro. I. Zeitschrift für Civil-Recht u. Proc. Neue Folge. Bd. II, p. 137 ff. Ihm stimmt bei Sell Eigenthum, §. 32, p. 170, Note.

Besitzwillen ausnehmen, und hindert dadurch den Besitzerwerb, bis jener Glaube selbst der richtigen Erkenntniß gewichen ist.

Indessen haben wir doch in der Rückerlangung des Besitzes keinesfalls den einzigen Weg zu sehen, auf welchem diese Sachen wieder unter die Botmäßigkeit des Bestohlenen gebracht werden könnten. Dieser hat vielleicht inzwischen anderweitig über das Seinige verfügt. Hier reicht es denn hin, wenn nur der derzeitige Berechtigte, mag dieß nun der Dieb selbst, oder ein beliebiger Dritter sein, die fraglichen Gegenstände in Händen hat. Im ersteren Falle bedarf es überdieß ersichtlich gar keiner besonderen Handlung zum Zwecke der Uebertragung des Besitzes, da dieser schon bei dem Diebe vorhanden ist, und bloß dessen rechtliche Qualification durch die brevi manu traditio verändert wird.

L. 84 D. de furt. 47, 2. Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen si eo nomine lis aestimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari jam usucapionis jus, dicendum est. (Paull. lib. II, ad Nerat.)

L. 4, §. 14 D. h. t. Idem dicendum est, etiam si voluntate mea alii tradita sit. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)[129])

In Wahrheit sind dadurch die Folgen des Diebstahls völlig aufgehoben. Das Object des Delictes befindet sich nunmehr vermöge einer Disposition des Eigenthümers bei seinem jetzigen Inhaber. Aber sogar dann, wenn unabhängig von dem Willen des Ersteren durch Rechtsnothwendigkeit oder auf Grund gesetzlicher Bestimmung wie z. B. bei der Intestaterbfolge jener Uebergang eingetreten ist, wird mit der Besitzergreifung von Seiten des Erben oder dem Erbantritte des Entwenders das Usucapionshinderniß unschädlich gemacht[130]). Dagegen darf man es wohl kaum als etwas Besonderes hervorheben[131]), daß auch mittelst der Specification oder Accession die Furtivität der Materie oder Nebensache beseitigt werde, da diese dadurch selbst zu existiren aufhören[132]). Auf einem anderen Blatte steht aber die Frage geschrieben, ob nun

129) Vgl. L. 4, §. 13. L. 32 pr. D. h. t. und wegen der res vi possessae L. 6, §. 3 de precar. 43, 26. (s. p. 146).

130) L. 42 D. h. t. — Idem juris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. Hier ist allerdings der Dieb selbst nicht mit genannt, aber auch nicht ausgeschlossen. L. 6 D. vi bon. rapt. 47, 8. — antequam in potestatem domini heredisve ejus perveniat.

131) Wie dieß Unterholzner thut, a. a. O. Bd. I, p. 235, 236.

132) S. Gai. II, §. 79 i. f. §. 26 i. f. J. de R. D. II, 1.

auch das Erzeugniß — denn als solches ist die neue Sache zu betrachten[133]) — der Ersitzung unterliege. Dieß hängt davon ab, ob der Act der Erzeugung im guten Glauben, also in Uebereinstimmung mit den verkehrsrechtlichen Normen, vorgenommen ist. Allerdings lautet ein Ausspruch des Paullus, welcher uns darüber vorzugsweise Auskunft giebt, sehr viel allgemeiner.

L. 4, §. 20 D. h. t. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit. (Paull. L. 54 ad Ed.)

Danach scheint ohne Ausnahme jedes aus einem entwendeten Stoffe hervorgegangene Produkt nicht usucapirbar zu sein. Dieß hat man in der That in neuerer Zeit mehrfach als Regel geltend machen wollen[134]), während man früher an unserer Stelle stillschweigend voraussetzte, der Verfertiger sei in mala fide gewesen[135]). Man berief sich dafür auf eine Anzahl anderer Digestenfragmente[136]), in denen ohne weitere Einschränkung dem Specificanten auch an den aus fremdem Material hergestellten Gegenständen das Eigenthum zugesprochen wird. Mag diese Beweisführung nun auch Manches zu wünschen übrig lassen, die Richtigkeit jener Annahme, welche dadurch erhärtet werden sollte, dünkt uns, ergiebt sich aus dem oben für den Fruchterwerb dargelegten Rechtssätzen, sobald man einmal eingeräumt hat, daß die Specification eine Art der Erzeugung, und darin eben der Grund für den durch sie vermittelten Eigenthumserwerb zu suchen sei. — Hat aber Jemand durch nebensächliche Verbindung sich die Proprietät an irgend einem Dinge verschafft, so kommt das Recht an der Hauptsache nicht ferner zur Sprache, da diese zweifellos die Accession nach sich zieht, nicht aber umgekehrt jenes von dieser letzteren beeinflußt wird.

---

133) Vgl. v. Scheurl, Beitr. Bd. I, p. 285 ff.

134) So Puchta Pand. §. 158, Not. h., obgleich er sich darin nicht ganz treu bleibt, denn §. 154, Not. h rechnet er auch L. 4, §. 20 D. cit. zu den Fragmenten, welche voraussetzen, daß der Specificant den Stoff gestohlen hat. Vgl. Sintenis Civil. R. Bd. I, Lpz. 1844, p. 503, 504, Not. 47. Schmid a. a. O. (s. Note 80).

135) So schon die Glosse ad h, § v, si ex lana furtiva. Hoc cum mala fide. Cujacius in h. l. Recit. in lib. 54 Paull. ad Ed. Auch Schulting Notae in Pand. h. l. macht die ganz lakonische Bemerkung: Sciens. arg. L. 12, §. 3 D. ad exhib. — Ein anderer Streit ist es, ob der Eigenthumserwerb des Specificanten überhaupt, also abgesehen von einem etwaigen Diebstahle, dessen bona fides erfordere.

136) L. 12, §. 3 D. ad exhib. 10, 4. L. 13. L. 14, §. 3 D. de cond. furt. 13, 1. L. 52, §. 14 D. de furt. 47, 2.

Endlich nahmen Sabinus und Cassius an, daß bereits durch die Möglichkeit die Rei Vindicatio anzustellen, die Bedingungen der Lex Atinia „nisi in potestatem domini revertatur" erfüllt sei; eine Meinung, der offenbar auch Paullus seine Billigung ertheilt. Unsere Quelle dafür ist:

L. 215 D. de V. S. 50, 16. Ex lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius ajunt. (Paull. Lib. sing. ad leg. Fus. Canin.) [137])

Gerade daraus möchte man nun vielleicht einen Gegengrund wider unsere Theorie herzuleiten, sich versucht fühlen. Eine Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers, könnte man sagen, eine objective Veränderung der Sachlage durch irgend ein Rechtsgeschäft hat hier nicht Statt gefunden; nur eine persönliche Nachlässigkeit ist dem Berechtigten vorzuwerfen. Dadurch erklärt es sich nun wohl, wie dessen individuelle Begünstigung ein Ende nimmt, da es jetzt an allem vernünftigen Anlaß fehlt, ihm dieselbe noch fortdauernd zu gewähren, allein der Rücktritt der Sache in den Vermögensverkehr ist hiermit nicht schon bewirkt, also überhaupt nicht nothwendig. In den letzten Worten ist unläugbar der Umstand berührt, auf den hier Alles ankommt.

Indessen muß man sich dabei vor zwei entgegengesetzten Irrthümern hüten. Einmal vor dem Glauben, als ob die völlige Unthätigkeit des Eigenthümers die Macht nicht habe, die entwendete Sache dem Verkehre wieder zu geben; vielmehr kann auch darin eine deutliche Willensäußerung liegen. Und eben so falsch ist es zweitens, es für etwas Absonderliches zu halten, daß in unserem Falle das reverti in potestatem eigentlich doch noch ein positives Handeln des Bestohlenen erfordert, während sich sonst das Object seinerseits von dem Einen zu dem Andern in Bewegung setzen muß. Denn alle potestas ist bloß vermöge irgend eines Thuns von Seiten dessen, der sie üben soll, zu erlangen. Weigert sich daher der Verletzte, das Seinige zurückzuempfangen, so wird es ihm freilich Niemand aufdrängen. Er spricht es ja damit unverkennbar aus, daß der Besitz des Diebes seinem Willen gemäß sei, und eines Weiteren bedarf es nicht. — Hier wird ihm nun durch das Recht die Gelegenheit geboten, sein

137) Wegen L. 15 D. R. J. 50, 17 und L. 17 pr. D. A. R. D. 41, 1. vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 70, p. 236.

Eigenthum wieder an sich zu ziehen; macht er davon absichtlich oder aus Gleichgültigkeit keinen Gebrauch, so ist das eben auch nur dahin zu verstehen, sein Wille sei mindestens dem nicht entgegen, daß der jetzige Inhaber die entwendete Sache ferner behalte. Mit Fug und Recht kann man demnach immer noch behaupten, die alte Vermögensbeziehung sei mit Uebereinstimmung des Herrn gelöst, und eine andere an deren Stelle geknüpft. — Man sieht, es kommen hier durchweg lediglich allgemeine Verhältnisse in Betracht, denen wir darum auch bei den res vi possessae wieder begegnen, und die dort natürlich dieselbe Beurtheilung finden müssen[138]). So wird denn auch die Usucapion an gewaltsam besessenen Grundstücken zuläßig, sobald der Eigenthümer das ihm zustehende Klagrecht nicht benutzt. Ein ernstliches Bedenken dagegen hat sich unseres Wissens in der That niemals erhoben. Schwieriger ist hier jedoch die Grenzbestimmung dazwischen, wann die potestas rei vindicandae vorhanden sei, wann nicht. Immobilien können nicht wie bewegliche Gegenstände aus dem Gesichtskreise ihres Herrn entrückt werden. Wäre dieß aber an sich schon, woran Andere gedacht zu haben scheinen[138a]), im Stande das Usucapionsverbot außer Kraft zu setzen, so würde dasselbe in Wirklichkeit völlig illusorisch sein, und man hätte sich füglich die Mühe ersparen mögen, es überhaupt erst aufzustellen. Das Richtige, glauben wir, hat hier bereits Unterholzner[139]) getroffen. „So lange" — sagt er — „Gewaltthätigkeit fortwirkt, und die gerichtliche Verfolgung hindert, muß natürlich die Ersitzung ausgeschlossen werden, damit sie nicht auf eine unbillige Weise dem Eigenthume Gefahr bringe. Sobald aber die Gewalt aufgehört

---

138) Die einzelnen Quellenzeugnisse, welche sich auf res vi possessae beziehen, sind gehörigen Ortes bereits mitgetheilt worden.

138a) Wir wollen Arndts (s. oben Not. 111) nicht gerade diesen Vorwurf machen. Das Fehlerhafte seiner Interpretation besteht in etwas Anderem. Wenn die Möglichkeit einer rei vindicatio schon die Wirkung hat, das Usucapionsverbot wieder aufzuheben, wenn ferner in dieser Hinsicht Nichts verlangt wird, als daß der gegen den Vertriebenen geübte Zwang nachlasse, muß natürlich vorausgesetzt werden, daß die Ohnmacht des Rechtes noch nicht gewichen sei, wo dieses Hinderniß als ein noch andauerndes erscheint. Und zwar kann es dann gar nicht weiter darauf ankommen, ob ein solcher Zustand eine Ausnahme bilde, oder nicht allzu selten anzutreffen sei. Die Quellen gedenken desselben nun niemals ins Besondere, sondern begnügen sich, die gewaltsame Besitznahme zur factischen Begründung der Usucapionsunfähigkeit anzuführen. Es wäre daher wider den üblichen Sprachgebrauch, wollte man in unserem Falle die violenta possessio einzig zur Erklärung der mala fides oder des unrechtfertigen Besitzes erwähnt glauben.

139) A. a. O. §. 74, p. 250.

hat zu wirken, und keine anderen Hindernisse eingetreten sind, welche die Geltendmachung des Rechtes hemmen; so ist nicht abzusehen, warum das Hinderniß der Ersitzung fortdauern sollte."

So viel über das Thatsächliche der Restitution; damit wäre denn Alles abgethan, wenn die ganze Erörterung sich nicht über den Bereich des Factischen hinaus erstrecken dürfte. Allein das Vermögen ist ein juristischer Begriff. Es wird nach allen seinen Richtungen hin von dem Rechte beherrscht, und sämmtliche einzelnen Vermögensstücke sind von dessen Verbande zusammengehalten. Selbst die nur äußerlich und gewaltsam davon abgetrennten Bestandtheile fallen nicht schon durch eine einfache Bemächtigung von Seiten des Subjectes wieder in den Umfang dieser Gesammtheit hinein. Die Eigenmacht des Verletzers wird nicht durch eine neue Eigenmacht des Verletzten getilgt. Die Rückkehr zu dem früheren Herrn muß also in tadelfreier Weise erfolgt d. h. sein Besitz ein rechtmäßiger sein. Dieß ist der Inhalt von:

L. 4, §. 12 D. h. t. Tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, quum possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Eine Regel, die sich zunächst wohl bloß auf res furtivae bezieht, jedoch noch im Verlaufe desselben Fragmentes analog auf res vi possessae ausgedehnt wird.

L. 4, §. 26 D. eod. Si dominus fundi possessorem vi dejecerit, Cassius ait, non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto unde vi restituturus sit possessionem.

Bereits von Anderen[140]) ist genugsam nachgewiesen, daß Paullus an beiden Orten die Besitzinterdicte im Auge hat; an jenem spielt er auf die ältere Form des interdictum utrubi an und an letzterem nennt er das interdictum unde vi ja mit klaren Worten. Allein wie steht es nun mit den übrigen Klagen, welche die Entziehung des Besitzes zur Folge haben? Wir können uns hier darauf berufen, daß der Jurist Nichts weiter als eine justa possessio fordert. Der Sprachgebrauch dieses Ausdrucks ist bekannt[141]). Er bezeichnet eine rechtmäßige Inhabung, wobei diese lediglich an sich betrachtet wird, wenn auch in ihren verschiedenen

140) S. Unterholzner a. a. O. §. 70, p. 233 ff. vgl. v. Savigny R. d. Bes. p. 379.

141) S. v. Savigny a. a. O. p. 102, 103. vgl. Cuperus Observat. de natura possessionis ed. Thibaut. Jenae 1804, p. 100 sq.

Gestalten als possessio civilis, als juristischer Besitz, als Detention, immer aber ohne ihr Verhältniß zu anderweitigen Rechten zu berücksichtigen. Man kann daher aus dem abgedruckten Paragraphen keinen Gegengrund wider unsere obige Behauptung entnehmen, daß schon die Rückkehr zu dem bonae fidei possessor das Usucapionshinderniß aus dem Wege räume. Jedoch vermag man daraus auch nicht umgekehrt darzuthun, daß jede Inhabung zu dem Ende ausreiche. Ist also etwa von dem sein Recht kennenden Eigenthümer wegen des Besitzes ein Kauf, eine Miethe u. s. w. vereinbart — ein Geschäft, über dessen Rechtsbeständigkeit kein Zweifel obwaltet[142]) — so bleibt in Betreff der Ersitzbarkeit Alles bei dem Alten[143]). Denn dadurch ist jener nur zum Repräsentanten fremden Besitzes geworden[144]); eine eigene Gewalt über den Gegenstand hat er nicht überkommen. Der begangene Diebstahl ist also dessenungeachtet nicht gesühnt, vielmehr wirkt er noch gegenwärtig fort, indem dem Verkäufer der Vortheil des juristischen Besitzes nach wie vor daraus zufließt.

Hiermit hängt es auf das Engste zusammen, wenn wir endlich als dritte Bedingung des in potestatem reverti verlangten, der Bestohlene müsse über die wahre Bedeutung des ganzen Vorganges unterrichtet sein. Damit wollen wir nicht bloß sagen, die Rückkehr der Sache unter seine Botmäßigkeit könne nicht ohne das bestimmte Bewußtsein davon vor sich gehen. Das braucht wohl kaum noch besonders angemerkt zu werden. Jegliches Vermögensrecht besteht in der Herrschaft eines Subjectes über ein Object. Ohne die darauf gerichtete Absicht des Ersteren ist die lediglich äußerliche Relation zwischen Beiden Nichts als eine Möglichkeit, eine leere Form, in welche der materielle Inhalt erst durch den Willen der betreffenden Persönlichkeit hineingelegt wird. Darüber ist oben bei Gelegenheit des animus possidendi, soweit uns dieß hier interessirt, weitläuftiger gehandelt worden. In dem vorliegenden Falle muß dazu aber noch ein Zweites hinzukommen. Es soll die frühere Vermögensbeziehung wieder hergestellt werden. Der Berechtigte muß also wissen, daß er sein Eigenthum

---

142) Siehe L. 35, §. 1 D. de pign. act. 13, 7. L. 34, §. 4 D. de contrah. emt. 18, 1. L. 28 D. de poss. 41, 2. L. 6, §. 4 D. de precar. 43, 26.

143) Vgl. Unterholzner a. a. O. p. 235. A. M. Schmid a. a. O. §. 14, p. 205, Not. 32.

144) L. 37 D. de pign. act. L. 37 D. de poss. v. Savigny a. a. O. p. 29.

an der ihm neuerdings übertragenen Sache zurückempfängt. Ohne das wäre sie ja nicht in ihr ehemaliges Verhältniß wieder eingetreten, sondern in ein neu geschaffenes zu dem Besitzer gebracht, wovon dann ganz dasselbe gelten würde, was oben über die conductio possessionis ausgeführt ist. In dem Erwerbe des Eigenthümers wäre immer noch die Nachwirkung der Entwendung fühlbar. Das angegebene Requisit wird nun auch in unsern Quellen als solches anerkannt. So fährt Paullus in L. 4, §. 12 D. h. t. nach den oben (p. 163) citirten Worten fort:

— sed et tamquam suae rei; nam si ignorans rem mihi surreptam, emam, non videri in potestatem meam reversam.

und dasselbe bekunden:

L. 7, §. 7 D. pro emt. 41, 4. Furtiva res non intelligitur rediisse in domini potestatem, quamvis possideret eam, si modo ignoraverit, surreptam sibi esse; si igitur servum, qui tibi surreptus erat, ignoranti tibi tuum esse, pignori dedero et soluta pecunia eum Titio vendidero, Titius usucapere non poterit. (Julian. Lib. 44 Dig.)

L. 86 D. de furt. 47, 2. Si ad dominum ignorantem perveniret res furtiva, vel vi possessa, non videatur in potestatem domini reversa; ideoque nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur. (Tryphonin. Lib. IX, Disp.)

Hierher gehört denn auch die im Uebrigen von Unterholzner[145]) sachlich richtig erklärte

L. 4, §. 9 D. h. t. Item si eam rem, quam servus[146]) surripuerit, peculiari nomine teneat, non videri in potestatem meam reversam, Pomponius ait, nisi ita habere coeperimus, quemadmodum habuimus, antequam surriperetur, aut, quum resciissemus, in peculio eum habere concessimus.

Mittels eines sogenannten argumentum a contrario möchte

---

145) A. a. O. p. 230, Not. 240. Doch giebt er ihr in sofern eine schiefe Beziehung, als er sie von dem zur Entwickelung des Besitzwillens nothwendigen Wissen versteht. Vgl. übrigens Sintenis Archiv f. d. civilist. Praxis a. a. O. p. 306.

146) So die Florentina. Haloander schiebt nach der Beck'schen Octavausgabe hinter servus, Baudoza (Lugd. 1593) hinter surripuerit „mihi" ein.

man hier vielleicht schließen, daß also, wenn der Eigenthümer von dem wirklichen Sachverhalt erfahren hatte, und nichts desto-weniger das Pfand ausgelöst und demnächst weiter veräußert worden wäre, die Ersitzung Statt gefunden haben würde. Wie stimmt dieß nun aber damit, wenn wir, um diesen Zweck zu erreichen, die Vernichtung aller Folgen des Delictes wiederholt für nöthig, den Repräsentationsbesitz dagegen, und wir dürfen auch wohl den abgeleiteten hinzufügen, für ungenügend erklärten? Zwar läßt sich unter derartigen Umständen dessen Vorhandensein eigentlich nicht behaupten, indem es an einer hinreichenden Grundlage dafür, einem gültigen Auftrage oder einer rechtsbeständigen Obligation offenbar mangelt[147]; allein mit der Aushändigung an jenen Dritten gelangt doch die Sache dahin zurück, woher sie vermöge der Entwendung gekommen war. In der That, glauben wir, ist man zu der gezogenen Folgerung auch vollständig befugt. Indem der Dominus, ohne juristisch dazu verpflichtet zu sein, sein Gut abermals von sich thut, giebt er dadurch zu erkennen, mag sein Handeln immerhin den Character eines eigentlichen Rechtsgeschäftes nicht an sich tragen, daß er sich seines Anspruchs entschlagen wolle, in ähnlicher Gestalt, wie dieß durch eine ausdrückliche Ueberweisung geschieht.

Wir sind nunmehr so weit vorgerückt, um uns schließlich einer Untersuchung zuzuwenden, welche unbestritten die schwierigsten Punkte unserer Materie begreift. Es liegt uns nämlich noch die genauere Betrachtung des Falles ob, wenn der Herr selbst an seiner eigenen Sache einen Diebstahl begeht. Die Erörterung darüber mußten wir bisher verschieben, indem wir dabei der Bekanntschaft mit der Bedeutung des reverti in potestatem nicht entbehren können, welches hier in sofern von Einfluß und in den Kreis unserer Besprechung hineinzuziehen ist, als gleichzeitig mit dem Augenblick der Entwendung auch die Rückkehr des gestohlenen Gegenstandes zu dem Eigenthümer erfolgt. Was unter letzterer zu verstehen sei, und worin ihre besondere Kraft beruhe, darüber haben wir uns aber erst so eben unterrichtet. — Ein Furtum des Dominus an seinem Gute ist nun möglich, wenn dem dritten Inhaber ein selbständiges Recht daran gebührt. Ein Recht an der Sache, sagen wir, nicht: ein Recht auf sie. Gegen

---

147) L. 21 D. h. t. 41, 3. L. 4, §. 3 D. de precar. 43, 26. L. 15 D. depos. 16, 3. Vgl. v. Savigny a. a. O. p. 29.

denjenigen also, dem nur ein obligatorischer Anspruch auf ihre Hingabe zusteht, ist dieß Delict gar nicht gerichtet[148]). Das Wesen desselben macht bekanntlich die eigenmächtige thatsächliche Entziehung eines Vermögensobjectes aus. Als solches erscheint hier die Leistung, zu welcher der andere Contrahent verbunden ist, und die vermöge ihrer rein ideellen Existenz jeder factischen Bemächtigung ausweicht, nicht aber der Gegenstand, welcher etwa den Inhalt jenes Leistens bildet. Daher wird denn das Recht des Gläubigers durch die Entwendung unmittelbar nicht getroffen; nur von dem dinglich Berechtigten läßt sich dieß behaupten. Demnach kann der Herr am gutgläubigen Besitzer[149]), am Usufructuar[150]), am Pfandgläubiger[151]) und dem zur Retention befugten Detentor[152]) zum Diebe werden; denn es ist nicht zu läugnen, daß durch die rechtswidrige Wegnahme der Sache die verschiedenen Vermögensbeziehungen, in denen diese zu den genannten Personen gestanden hat, wirklich zerrissen sind. Allein eine andere Frage ist es, ob die Usucapionsunfähigkeit auch überall die nothwendige Folge davon sei. Zwei Momente sind in dem gesammten Vorgange zu unterscheiden; einmal die persönliche Unbill gegen den Beschädigten; — darauf gründet sich die Strafklage, welcher auch der Eigenthümer unterworfen ist; — dann die objective Störung des Vermögensverkehres, aus der das Usucapionsverbot sich, wie wir sahen, logisch rechtfertigt. In letzterer Hinsicht nimmt zunächst schon der bonae fidei possessor eine gesonderte Stellung ein, indem seine Befugniß der des Eigenthümers unabhängig, ja selbst feindlich gegenüber tritt, während der Nießbraucher, der Pfandgläubiger u. s. w. die ihrige ausschließlich von dessen Rechte ableiten. Wird der gutgläubige Besitzer daher von dem Proprietar bestohlen, so ist darin freilich die gänzliche Mißachtung der Verkehrsformen nicht zu verkennen, dem äußerlichen Erfolge nach gelangt die Sache aber doch dahin, wohin auch der Zug des Gesetzes sie endlich hätte schaffen müssen. Die Ersitzung ist sonach unter diesen Umständen nicht unstatthaft. Das bestätigt:

---

148) Vgl. die von Unterholzner Not. 192 gegebenen Citate.

149) Gai. III, §. 200. L. 20, §. 1. L. 53, §. 4 D. de furt. 47, 2.

150) L. 15, §. 2. L. 20, §. 1 D. eod.

151) §. 10 J. de obl. quae ex del. IV, 1. L. 12, §. 2. L. 19, §. 5, 6 D. cit.

152) L. 15, §. 2. L. 59 D. eod. Vgl. Unterholzner a. a. O. p. 202. Schrader Comm. ad §. 10. J. cit. p. 589.

L. 20, §. 1 D. de furt. 47, 2. Si bona fide rem meam emeris, eamque ego surripuero, vel etiam tuus ususfructus sit, et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, et si dominus rei sum. Sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impedietur, quoniam et si alius surripiat, et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapiebatur. (Paull. Lib. IX. ad Sabin.)

Dieselbe Entscheidung wird dort in Bezug auf den Nießbraucher abgegeben. Es dürfte indessen zweckmäßig sein, von da aus gleich noch einen Schritt weiter zu thun. Die Entwendung aus den Händen der übrigen Berechtigten, zeichnet sich, wenn sie dem Herrn zur Last fällt, dadurch aus, daß sie nicht als furtum rei, sondern als furtum usus oder possessionis sich characterisirt. Daraus möchte man dann vielleicht weiter folgern, daß ein Usucapionshinderniß hier nirgends erwachse, indem diejenigen Verhältnisse, in welche die Ersitzung verändernd eingreift, durch das Delict in keiner Weise berührt sind. Die Usucapion ist ein Eigenthumserwerb; in dieser Eigenschaft kann ihrer Wirksamkeit, von anderen Mängeln abgesehen, ein objectives Hemmniß nur da entgegenstehen, wo die Bande gewaltsam gesprengt sind, mit welchen das Recht der Proprietät die Sache an eine bestimmte Persönlichkeit knüpfte, und kraft dessen alle fernere Uebertragung von den jetzt durchbrochenen Schranken des vermögensrechtlichen Vertriebes nicht mehr umschlossen wird. Ist dagegen die civilis possessio durch eine stetig fortlaufende Reihe von gehörig qualificirten Erwerbsacten und auf einem den Verkehrsgesetzen entsprechenden Wege bis auf den letzten Inhaber gelangt, so wird ja eben daraus klar ersichtlich, wie die durch jene gesteckten Grenzen nirgends überschritten sind, mag dieser Besitz daneben auch ein sonstiges Recht beeinträchtigen. Und gleicher Gestalt ist es dabei ohne Bedeutung, ob der Herr seinerseits die Detention und damit die physische Möglichkeit der Verfügung schließlich durch eine Handlung der Eigenmacht wieder erhalten hat, indem seine Dispositionsbefugniß sich darauf nicht im Mindesten stützt, sondern auf dem bereits vor dem Vergehen existirenden und damit in keinerlei Verbindung befindlichen Dominium beruht. — Man würde sonach die allgemeine Regel dahin zu fassen haben: das furtum usus und possessionis sei nicht geeignet, die Furtivität der gestohlenen Sache zu begründen. Jedoch darf man dabei nicht vergessen, daß wenn ein Dritter den Gegenstand des Nießbrauchs

oder das Pfandobject aus dem Gewahrsam des Usufructuars, des Pfandgläubigers u. s. w. herausnimmt, darin gleichzeitig ein furtum rei gegen den Eigenthümer begangen wird. — Wie stimmt nun aber das Ergebniß dieser Argumentation zu der positiven Ausbildung, welche unser Stoff im Römischen Rechte gewonnen hat? Gewiß geben die Quellen uns dieserhalb zu mannigfachen Bedenken Anlaß. — Gegen den Nießbraucher findet bloß ein furtum usus [153]), gegen die Erbschaft, so lange sie ruht, überhaupt keines Statt [154]). Wird also eine letztwillig mit einem Usus-fructus beschwerte, und von dem Vermächtnißnehmer noch nicht besessene [155]) Erbschaftssache entwendet, so müßte daran nach der aufgestellten Norm die Usucapion zulässig bleiben. Das Gegentheil ist jedoch ausgesprochen in:

> L. 35 D. h. t. Si homo, cujus ususfructus legatus erat, ab herede nunquam possessus surreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit, nullam ejus rei

---

153) S. Unterholzner a. a. O. p. 208 a. E. Vgl. v. Wächter in Weiske's Rechtslexicon, Bd. III, p. 364.

154) Gai. III, §. 201. L. 1, §. 15 D. si is, qui test. 47, 4. L. 2, §. 1. L. 6 D. expil. hered. 47, 19. Vgl. Stintzing a. a. O. §. 7, p. 24 ff. und dagegen Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. N. F. Bd. XI, p. 402, Not. 16.

155) Die factischen Verhältnisse in dem mitgetheilten Fragmente werden von Unterholzner a. a. O. p. 215, 216 abweichend construirt. Er nimmt an, der Nießbraucher habe den Besitz an dem Objecte des Legates bereits erworben, ohne daß er dadurch auch dem Erben zugekommen sei. Denn mangele es an Beidem, so werde weder ein furtum rei noch ein furtum usus begangen, wenn sich Jemand der Sache bemächtige. Wir können es getrost dem Urtheile des Lesers überlassen, wie weit eine solche Interpretation mit dem Wortlaute unserer Stelle zu vereinigen sei. Für den als Grund dieser Auffassung angeführten Satz beruft sich Unterholzner auf L. 11 D. de cond. furt. 13, 1. Sed nec legatarius condicere potest; ei enim competit condictio, cui res surrepta est, vel heredi ejus. Sed vindicare rem legatam ab eo potest. (Paull. Lib. 39 ad Ed.) Hier, meint er, sei eigentlich an einen Fall gedacht, wo die Erbschaft bereits angetreten und von dem Erben in Besitz genommen war, wo aber der Vermächtnißnehmer noch nicht den Besitz des ihm hinterlassenen Legates erlangt hatte. Unter dieser Voraussetzung sei alsdann zwar gegen den Erben, aber nicht gegen den Nießbrauchsberechtigten eine Entwendung möglich. Dennoch werde auch gegen jenen kein Diebstahl begangen, weil kein dem Erben zustehendes Recht verletzt worden sei. Und ähnlich ist die Auffassung von Glück Comm. Bd. XIII, p. 220. Wir können uns einer weiteren Prüfung dieser Beweisführung billig überheben, da schon ihre Grundlage völlig haltlos ist. Ein Blick auf den Zusammenhang der L. 11 D. cit. mit L. 10, §. 2, 3 eod. zeigt, daß die Entwendung bei Lebzeiten des Testators verübt sein soll, und nun dem Vermächtnißnehmer die condictio furtiva abgesprochen wird in Gemäßheit des Satzes: Tam diu condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus rei ab eo recedat. Vgl. Cujacius ad h. l. O. O. Tom. V, col. 577, 578. Dollmann Entwendung, p. 48, Not. 115. vgl. p. 13, Not. 32.

usucapionem esse, cujus nomine furti agi posset, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. Quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui, aliter enim homo in causa non perduceretur; sed si utenti jam et fruenti abductus homo fuerit, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit. (Julian. Lib. III. ad Ursej. Ferocem.)

Trotz der kritischen Unsicherheit der einzelnen Lesarten und Wortformen, liegt der Sinn dieses Fragmentes im Ganzen doch offen und deutlich zu Tage. Der Sklave kann unerachtet der so eben dafür beigebrachten Gründe nicht ersessen werden. Indessen möchte sich von hier aus kaum die Fassung, noch weniger der Grundgedanke jener Regel angreifen lassen. Wie wir es oben beiläufig erwähnten, nicht jeder Diebstahl hefte dem Objecte der Entwendung einen solchen Makel auf, so begegnen wir jetzt einer Umkehrung dieses Satzes: auch ohne eigentlichen Diebstahl kann eine Sache der Usucapion enthoben werden. — Das Auffallende dieser Behauptung wird verschwinden, wenn wir uns die Principien in das Gedächtniß zurückrufen, zu denen wir uns bisher bekannt haben. Nicht gerade das Furtum an sich ist es, so sagten wir, welches jene Folge nach sich zieht, sondern die durch dasselbe bewirkte Losreißung der Sache aus dem Vermögensverkehre. Wo also die letztere Platz greift, selbst wenn der Thatbestand des genannten Vergehens darin nicht schon enthalten sein sollte, so müssen sich, wie z. B. bei den res vi possessae, doch in Betreff der Ersitzung die Verhältnisse nothwendig in ganz analoger Weise gestalten. Und so auch hier. Der große Unterschied, der zwischen unserem Falle und dem vorher gedachten besteht, wo der Proprietar das Seinige wieder an sich nimmt, kann nur bei einem äußerst flüchtigen Hinblicke der Wahrnehmung entgehen. In der That hat der fremde Dieb die unbezweifelte Absicht, nicht etwa bloß irgend einen gesonderten, aus dem Besitze oder Gebrauche fließenden Vortheil sich anzueignen; ihm kommt es darauf an, über den fraglichen Gegenstand in voller Ausdehnung und ganz nach eigenem Belieben verfügen zu können. Und wenn ferner die Bemächtigung von Nachlaßsachen sonst direct zur Usucapion hinführt, so geschieht dieß doch nur darum, weil die Erbschaft oder deren einzelne Theile streng genommen nicht im lebendigen Verkehre begriffen sind. Sie sollen, nachdem sie durch den Tod des Erblassers der freien Bewegung beraubt wurden, erst jetzt wieder dahin zurückgeleitet

werden. Auch das ist hier anders. Das mit dem Nießbrauchsrecht belastete Object ist seit dessen endgültiger Entstehung von dem persönlichen Interesse und vermögensrechtlichen Betriebe keineswegs mehr ausgeschieden, so daß derselbe allerdings durch eine Eigenmacht, wie sie hier in Rede steht, gewaltsam unterbrochen wird. Wir haben also nicht nöthig, mit Cujacius[156]) die Entscheidung des Sabinus und Julian für eine „lex valde singularis" zu erklären.

Allein wenn zwar der materielle Inhalt der von den Juristen vorgetragenen Beurtheilung unseres Rechtsfalles mit dem Gange und den Resultaten der obigen Untersuchung noch leidlich harmonirt, insofern das furtum usus nach der von uns versuchten Erläuterung ziemlich bei Seite liegen bleibt, so will doch die Begründung, deren sich Sabinus dabei bedient zu den gewonnenen Ergebnissen in keiner Weise passen. Aus der Zuständigkeit der actio furti soll die Usucapionsunfähigkeit des Sklaven nachgewiesen werden. Darnach müßte denn jegliche Entwendung, mag sie auf die Sache selbst, mag sie auf deren Gebrauch oder Besitz abzielen, auch die Furtivität der ersteren mit Nothwendigkeit im Gefolge haben, indem das Recht auf eine Strafklage dem Beschädigten jederzeit aus dem Vergehen erwächst. Ja, sogar die innere Annehmbarkeit der aufgestellten Erklärung erleidet bei der vermeintlichen Unvereinbarkeit der auf beiden Seiten festgehaltenen Gesichtspunkte eine erhebliche Einbuße, so lange wir nicht darzulegen im Stande sind, wo unsere Beweisführung mit der des Römers zusammentreffe. Indessen jener Schein der Allgemeingültigkeit, welcher sich um die Worte des Rechtsgelehrten verbreitet, verliert sich, sobald wir näher auf den Zusammenhang eingehen, in welchen dieselben an der uns beschäftigenden Stelle gesetzt sind. Nicht ohne Weiteres wird die Frage nach der Möglichkeit der Ersitzung hier aufgeworfen; ihr ist zugleich ein bestimmter Zweifelsgrund beigegeben: es stehe freilich dem Erben keine Klage zu Gebote. Der dahinter verborgene Gedanke dürfte ungefähr folgender sein. Da wo Niemand sich hat ein Delict gegen den Eigenthümer zu Schulden kommen lassen, kann sicherlich dessen Wirkung nicht eintreten. Dawider ist nun die beregte Aeußerung des Sabinus gerichtet. Nicht sowohl der Umstand, berichtigt er den seines Rathes Begehrenden, wird für die Auf-

---

156) Ad L. 35 D. cit. i. f. O. O. Tom. VI, col. 494.

fassung des Falles maßgebend, ob der Dominus eine Diebstahlsklage zu erheben vermöge, oder nicht, sondern einzig das könne man verlangen, daß überhaupt Jemand dazu befugt sei. M. a. W. nicht das individuelle Interesse des Herrn sei das Entscheidende — denn darnach würde es sich überall bloß um die subjective Beziehung desselben zu dem Diebe handeln, — vielmehr reiche es hin, wenn nur das Recht irgend einer Person in der Entwendung eine Verletzung geduldet habe. Sei nämlich Keinem ein persönliches Unrecht zugefügt, so würde es doch wieder an der thatsächlichen Grundlage für das Verbot der Ersitzung mangeln, indem der gesammte Vermögensverkehr ausschließlich auf menschlichen Bedürfnissen und Wünschen beruhe und deren Befriedigung bezwecke. Diese Paraphrase wird uns einiger Maßen das Verständniß dafür eröffnet haben, wie die ganze Argumentation in der L. 35 D. cit. nicht über die Berücksichtigung des Einflusses sich hinaus erstreckt, den die eigenthümliche Stellung des Berechtigten zu dem Diebe etwa üben kann, und wie sie sich unverkennbar innerhalb der Voraussetzung hält, daß es auch hier auf eine Aneignung der Sache selbst abgesehen gewesen sei; wie endlich die Existenz eines Klagrechtes, welche Sabinus mit solchem Nachdrucke betont, und die Verkehrsstörung, welche wir als das bestimmende Moment characterisirten, einander gegenseitig bedingen[157]. Noch größere Schwierigkeiten verursacht:

> L. 49 D. h. t. Si quid est surreptum id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paullus: imo forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. (Labeo Lib. V, Pithanon a Paullo epitomator.)

Stiehlt Jemand die von ihm seinem Gläubiger zum Pfande hingegebene Sache, so ist das ein furtum possessionis[158].

---

157) In der Regel wird wohl L. 35 D. cit. als Beweis für die Usucapionsunfähigkeit der Sache in Folge eines furtum usus angeführt. Vgl. z. B. Möllenthiel a. a. O. p. 7, Not. 21. In dieser Hinsicht hat bereits Unterholzner a. a. O. §. 66, p. 220, 221 auf den entscheidenden Punkt aufmerksam gemacht.

158) S. Unterholzner a. a. O. p. 209. v. Wächter a. a. O. p. 363, 364. Heffter Crim. R. §. 487, p. 481. Gegen die abweichende Ansicht von v. Buchholtz Juristische Abhandlungen Nro. XXVI, p. 323. ff. (Marezoll civ. Archiv. Bd. VIII, p. 284) s. u. A. Dollmann a. a. O. §. 1, p. 9.

Nichts desto weniger soll, wie unser Fragment bezeugt, die Usucapion des Pfandobjectes nicht Statt haben. Es erregt dieß ein um so größeres Befremden, als nicht nur die übrigen Juristen, sondern mit ihnen auch Paullus selbst an einem anderen Orte das Gegentheil lehrt.

L. 4, §. 21 D. h. t. Si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit, quamvis cum eo furti agi potest; quod puto rectius dici. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Die gleichen Grundsätze werden bei einer ähnlichen Gelegenheit von ihm angewendet in:

L. 20 §. 1 D. de furt 47. 2. (Paull. Lib. IX. ad Sabin.) siehe oben p. 168. —

Daß dieß indessen ehemals den Gegenstand einer Controverse unter den Römischen Rechtsgelehrten gebildet habe, erfahren wir aus:

L. 5 D. pro emt. 41. 4. Si rem, quam tibi pignoravi, surripuero, eamque distraxero, de usucapione dubitatum est; et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis. (Modestin. Lib. X. Pandectar.)

Dennoch lassen die angeführten Gesetzesstellen nur neue Zweifel in uns aufsteigen, nicht allein durch die Erwähnung jener unter den Juristen einstmals obschwebenden Meinungsverschiedenheit, sondern mehr noch in Folge des Umstandes, daß hier die Möglichkeit der Usucapion durch das reverti in potestatem domini begründet wird. Darin ist nämlich wenn gleich indirect, so doch unzweideutig ausgesprochen, daß der Diebstahl wirklich zunächst ein Hinderniß für die Ersitzung geworden, und dasselbe erst nachträglich hinweggeräumt sei. Wir dagegen mußten uns oben sagen, daß ein solches unter den vorliegenden Verhältnissen überhaupt nicht entstehen könne, indem das Recht des Eigenthümers dabei gar nicht angetastet werde. Eine Ansicht, welcher auch Huschke[159]) zugethan scheint. Sollen wir nun unseren Quellen eine falsche, oder mindestens ungenaue Ausdrucksweise vorwerfen, in der man bloß eine vielleicht halb und halb unbewußte und unwillkürliche Anlehnung an die übliche Terminologie der Lex Atinia zu erblicken habe, ohne daß dadurch der Rechts-

159) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. XIV, p. 258, 259.

gedanke in seiner vollen Schärfe ausgeprägt worden wäre, ja ohne daß man dieß einmal beabsichtigt hätte? Schon früher haben wir ein derartiges Verfahren für eine Aushülfe erklärt, zu der man nur in Ermangelung jeder besseren greifen dürfe; und auch gegenwärtig, glauben wir, sind wir noch nicht genöthigt, zu einem so unzuverlässigen Mittel unsere Zuflucht zu nehmen. Es kommt lediglich auf den Standpunkt an, den man für die Betrachtung der factischen Gestaltung der Dinge wählt. Sehen wir den Diebstahl abgeschlossen und vollendet vor uns, so werden wir über dessen Wirkung auf sein Object nicht anders zu urtheilen im Stande sein, als dieß im Vorigen von uns geschehen ist. Einzig das Recht des Gläubigers hat dadurch Schaden gelitten; was dagegen die Stellung der Sache zum Eigenthümer anlangt, so hat sich darin nichts Wesentliches geändert; derselbe genießt nach wie vor seines Gutes. Verfolgen wir aber die Entwendung bis in ihre Anfänge und bis zu dem Augenblicke ihres Beginnens zurück, und halten dann die verschiedenen Elemente des Delictes streng auseinander, wie es die Römer in den Bruchstücken ihrer juristischen Schriften pflegen, so treten uns darin zwei Richtungen entgegen, welche sich begrifflich sehr wohl sondern lassen; einmal die Wegnahme des Gegenstandes, dann dessen Aneignung. Jene ist Vorbedingung und Vorbereitung für die letztere und erscheint deshalb als das logisch Frühere. Insofern man nun dabei gänzlich abstrahirt von der Person, welche den Diebstahl begeht, — denn damit würde schon das zweite Moment, die diebliche Zueignung der Sache berücksichtigt sein — so möchten wir auch darin ein eigenwilliges Herausreißen derselben aus den einmal angeknüpften Vermögensbeziehungen zu erkennen haben, welches demnächst durch die Bemächtigung Seitens des Herrn zum Theil wieder getilgt wird; und so kann man denn hier ebenfalls die Rückkehr in die Gewalt des Proprietars als den Grund der fortdauernden Ersitzungsfähigkeit der Sache darstellen. — Zugleich wird uns darin ein beachtenswerthes Zeugniß geliefert, welches uns über die gesammte Römische Anschauungsweise in Hinsicht des Usucapionsverbotes bedeutungsvollen Aufschluß ertheilt. Wir entnehmen daraus, wie man desfalls bloß von der nächsten äußeren Erscheinungsform der Thatsachen ausging und selbst den durchaus unläugbaren Einfluß des Individuums auf deren objective Bildung fast gewaltsam zurückdrängte, oder ihn doch erst in zweiter Linie in das Auge faßte. Eine

Bestätigung der schon mehrfach gemachten Beobachtung, daß der Blick des Römers in unserer Lehre überall mehr der sachlichen als der persönlichen Seite der Zustände zugewendet war. — Und doch gewinnt es wieder das Ansehen, als ob das reverti in potestatem eine sehr viel weitere Tragkraft und eine vollständig andere Function haben müsse, als dieß nach unserer Auffassung sein könnte. Wenn wir nämlich darin sonst Nichts als die Unterscheidung mehrerer neben einander herlaufenden Thätigkeiten in einer und derselben Handlung finden, so versteht es sich von selbst, daß eine solche Trennung nur zulässig ist, so lange man die Entwendung in ihrem zeitlichen Werden und Fortgange betrachtet, daß dieselbe mithin einzig von theoretischer, nicht aber von eigentlich praktischer Wichtigkeit sein werde, indem jeglicher Diebstahl schließlich schon seinem Begriffe nach zu einer Erweiterung der eigenen Herrschaft führen muß[160]). Nichts desto weniger begegnen wir in dem Justinianischen Coder einem Decrete des Kaisers Philippus, welches auf das gerade Gegentheil hinausläuft.

L. 6 C. de usuc. pro emt. VII. 26. Imp. Philippus A. cum consilio collocutus dixit: Quum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi. (Sine die et consule.)

Auch hier ist es der Verpfänder selbst, welcher seinem Gläubiger das Pfandobject entzieht. Aber während oben Paullus und Modestinus dessen ungehinderte Ersitzbarkeit aus der Identität der Person des Diebes und Pfandschuldners ableiteten, verkündet der Kaiser, es sei ein über alle Anfechtung erhabener Rechtssatz, daß dergestalt entwendete Sachen als furtiv nicht usucapirt werden könnten. — Auf zwei an sich betretbaren Wegen strebt die überwiegende Menge unserer Interpreten dem gemeinsamen Ziele zu, die Antimonie zwischen diesen Stellen zu lösen. Auf eine größere Anzahl von Irrpfaden vertheilt sich der Rest, obgleich denen, die sie einschlugen bei etwas sorgsamerer Aufmerksamkeit nicht hätte entgehen können, daß ihnen schon der Zugang dazu durch den wörtlichen Sinn der L. 6 C. cit. und eine vorurtheils-

160) L. 41, §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 22, pr. L. 52, §. 13 D. de furt. 47, 2. Unterholzner a. a. O. p. 208. Dollmann a. a. O. p. 13, 14.

freie Würdigung dessen versperrt sei, was unsere Coderstelle uns sagt, und dessen, was sie unberührt läßt[161]). Dieß mindestens gilt von jenen Ersteren nicht in gleicher Weise. Nur sie wollen wir auf ihrer Wanderung noch einige Schritte weit begleiten. Die Einen[162]) von ihnen wähnen nun, alle Schwierigkeiten einfach durch die Annahme zu überwinden, daß das Pfand einem Dritten angehört habe, wo dann offenbar das reverti in potestatem domini gänzlich fortfalle, indem eben der Dieb nicht der Dominus sei. Dazu berechtige sie das völlige Stillschweigen des Phillippischen Decretes über das Eigenthum des Schuldners. Dawider ist jedoch ein Doppeltes einzuwenden. Ist es erstlich nicht natürlicher, zu erwarten, daß darauf Nichts ankomme, in wessen Recht die Sache stehe, wenn dieser Punkt vom Kaiser so durchaus übergangen wird! Ja, lautet nicht L. 5 D. pro emt. ebenso allgemein wie unsere Constitution, und ist dort nicht ebenso unbedingt die Möglichkeit, wie hier bereits das Verbot der Ersitzung ausgesprochen? Und zweitens haben wir uns oben bereits darüber vergewissert, daß unter dem Ausdrucke „dominus", dessen sich die Lex Atinia bedient, auch der gutgläubige Besitzer mit umschlossen sei. Darnach würde man wieder eine Masse willkürlicher Unterstellungen in die kaiserliche Entscheidung hinein tragen müssen, welche nicht im Entferntesten in ihr angedeutet sind. — Die Anderen[163]) legen ihrer Erläuterung die an sich richtige Bemer-

---

161) Nur einige Wenige von ihnen wollen wir hier namhaft machen. So meint Donellus l. l. Lib. V, c. 28, §. 10, der Dieb sei ein Dritter gewesen, dann habe der Eigenthümer die Sache wieder erhalten, und verkauft; indessen genüge das noch nicht der Forderung des revertere in potestatem, indem der Gläubiger jederzeit mittelst der actio hypothecaria sich hätte den Besitz verschaffen können. Pulvaeus glaubt im Anschluß an die Glosse (Gl. ad L. 6 C. cit. v. obligatam) der Verpfänder sei nicht Eigenthümer gewesen, doch habe letzterer zu der Verpfändung der Sache seine Einwilligung gegeben (Otto Thes. tom IV, p. 339, cap. 14.) Pothier Pand. Just. h. t. Nro. XVIII. Tom. III, p. 736, nimmt an, der Gläubiger habe dem Schuldner den Besitz des Pfandes mieth- oder bittweise überlassen, wie es scheint, um daraus den Diebstahl des Herrn zu erklären. — Von alle dem findet sich nun in unserem Texte keine Spur.

162) So schon Vivianus im Casus zu L. 6 C. cit. Von Neueren gehören hierher Unterholzner a. a. O. p. 240. Puchta Pand. §. 158. Not. k. Arndts Pand. §. 162, Not. 3, c. Auffallend ist es, daß Voët Comm. in Pand. h. t. Nro. 14 gerade umgekehrt L. 4, §. 21 D. h. t. und L. 5 D. pro emt. auf den verpfändenden bonae fidei possessor bezieht. Letzterer besitze unerachtet der Verpfändung fortwährend quoad usucapionem, weswegen denn sein Diebstahl auf den Usucapionsbesitz überhaupt ohne Einfluß sei. Anders bei dem wahren Eigenthümer.

163) So schon Cujacius ad L. 4, §. 21 D. h. t. O. O. Tom. I. col. 969, 970. Ihm folgt im Wesentlichen auch Pothier (s. d. vorige Note) und

kung zu Grunde, Modestinus und Paullus auf der einen, und Philippus auf der anderen Seite hätten es mit ganz verschiedenen Dingen zu thun. Jene handelten von dem Diebstahl aus dem Gewahrsam des Pfandgläubigers, dieser von dem durch die Veräußerung einer verhypothecirten Sache begangenen Furtum[164]). Insofern dasselbe nun erst in der Weggabe aus dem eigenen Besitze vollendet werde, sei für die Rückkehr in die Gewalt des Herrn gar kein Raum übrig. — Man hat diesem Vereinigungsversuche seine „leere Spitzfindigkeit" (mera subtilitas)[165]) vorgeworfen, und in soweit allerdings nicht mit Unrecht, als die genannten Rechtsgelehrten bei dem todten Buchstaben der Regel stehen bleiben, oder doch über ihren eigentlichen Geist und Zusammenhang sich wenigstens nicht genauer auslassen. Denn welche vernünftige Ursache möchte wohl Jemand dafür beizubringen im Stande sein, daß dann, wenn die Aneignung des Pfandobjects in der Form der Uebertragung an einen Anderen vollzogen wird, die Disposition darüber in geringerem Maße von dem Dominus zurückerworben sei, als da, wo er das Pfand in seinem Besitze bewahrt? Ja, haben wir nicht oben[166]) die sichersten Belege aus unseren Quellen dafür gesammelt, daß die von ihm getroffene Verfügung über das Recht an der Sache, wenn sie nur von thatsächlichem Erfolge ist, der körperlichen Bemächtigung völlig ebenbürtig zur Seite tritt? Und wenn wir auf die im Vorigen von uns verfolgte Straße zurücklenken, und uns wiederum unserer Darstellungsweise anschließen, die Zueignung des gestohlenen Gegenstandes verliert ihren Character als solche doch nicht, mag der Herr von seinem Eigenthume in der einen oder anderen Gestalt Gebrauch machen; das revertere in potestatem domini müßte demnach in diesem Falle nicht minder als in jenem wirksam werden. — Deswegen erwähnten wir oben, das Decret des Philippus scheine darauf hinzuweisen, daß an den Stellen, wo von einem durch den Dominus selbst verübten Diebstahle die Rede ist, mit jenen Worten nicht die in jeder Entwendung liegende Unter-

---

neuerdings Huschke a. a. O. p. 257 und v. Vangerow Pand. §. 317, p. 667. wo sich noch weitere Nachweisungen finden.

164) L. 19, §. 6, L. 66, pr. D. de furt. 47, 2. Unterholzner a. a. O. p. 213. v. Wächter a. a. O. p. 363.

165) Arndts an der Not. 162 angezogenen Stelle.

166) S. oben p. 159.

werfung der Sache unter die Herrschaft des Diebes bezeichnet werde, woraus wir die angeführten Pandectenfragmente erläutertten, und woran es ja auch hier nicht mangelt. Wird also dadurch unserer ganzen Entwickelung nicht aller Grund und Boden geraubt? — Allein woher erfahren wir denn, daß sich der kaiserliche Rechtsspruch in Wirklichkeit auf eine solche Betrachtung stützt, wie man sie ihm hat unterschieben wollen? Was treibt uns zu dem Glauben, Philippus und seine Rathgeber hätten sich dadurch bestimmen lassen, daß die Voraussetzungen der Rückkehr unter die Botmäßigkeit des Herrn in dem ihrer Cognition unterbreiteten Rechtsstreite unerfüllt seien? Die L. 6 C. cit. enthält davon gewiß Nichts, vielmehr ist das Ganze eine bloße Vermuthung der Ausleger, welche in der zuletzt gedachten Art den Widerspruch unserer Constitution mit den Digestenstellen zu motiviren und zu heben bemüht sind. — Der Schlüssel für die richtige Lösung dieser Aufgabe dürfte sich an einem ganz anderen Platze finden. Nicht darauf haben wir gegenwärtig unser Augenmerk zu richten, daß das Recht des Eigenthums zuerst scheinbar versehert, und dann die Verletzung rückwärts nichts desto weniger unschädlich gemacht wird, indem der Dieb den entstandenen Riß gleichsam mit seinem Rechte wieder zudeckt, — die bisherige Erörterung sollte uns wohl sattsam belehrt haben, daß wir auf diesem Pfade einer befriedigenden Beantwortung unserer Frage niemals näher rücken — vielmehr, das eigenthümliche Verhältniß des Pfandgläubigers zu dem Debitor, die besondere Natur der dem ersteren zugewiesenen Befugnisse wird uns bei tiefer eindringender Prüfung die begehrten Aufschlüsse gewähren. —

Das Pfandrecht hebt sich in einem scharfen Gegensatze von den übrigen dinglichen Rechten dadurch ab, daß es sogar das jus dominii vollständig absorbiren kann. Insofern wird der Diebstahl gegen den Pfandinhaber zu einem Delicte, welches die allerdings nur erst im Keime vorbereiteten, jedoch in das Gebiet der Proprietät hinübergreifenden Zuständnisse des Creditors gewaltsam erfaßt. Nimmt nun aber der Schuldner die Sache bloß in seine Hände, so wird jenem damit materiell eigentlich noch Nichts entzogen, als der ihm eingeräumte Besitz. Das Pfand ist nach wie vor von dem Vermögensbande umschlungen, in welchem es von Anfang her gestanden hat; der Gläubiger übt bekanntlich in dem Pfandverkaufe nur ein noch zu dem Vermögen des Debitor gehöriges Recht aus,

er handelt als dessen Stellvertreter[167]). Und der Wille des Diebes andererseits, die Sache wie ein Sondergut zu behalten, an dem der Gläubiger keinen Theil habe, und welches das Gesetz nicht mehr zu erreichen vermöge, dieser Wille ist der bewältigenden Macht des Rechtes gegenüber kraftlos, obgleich man seine Existenz nicht geradezu wird hinwegläugnen können. Wir haben hierfür ein entscheidendes Quellenzeugniß.

L. 56, §. 3 D. de furt. 47, 2. Quum autem servus rem suam peculiarem furandi consilio amovet, quamdiu eam retinet, conditio ejus non mutatur, nihil enim domino abest; sed si alii tradiderit, furtum faciet. (Julian. Lib. XXII, Dig.)

Der Sklave kann an dem Gute seines Herrn ebensowohl wie jeder Andere sich eines Diebstahls schuldig machen, wie dieß ja auch die Endworte unseres Paragraphen ohne allen Umschweif bekunden. Die Entwendung besteht in der widerrechtlichen, factischen Herausnahme einer beweglichen Sache aus dem einen und dem Hinüberziehen derselben in das andere Herrschaftsgebiet. Eines solchen bloß thatsächlichen Bekommens und Habens ist nun auch der Sklave fähig[168]). Aber die Möglichkeit wird ihm von unserem Juristen abgesprochen, jenes Vergehen bereits dadurch zu verüben, daß er einen Gegenstand aus seinem Peculium einfach mit der Absicht, ihn sich anzueignen, bei Seite schafft. — Man hat dieß wohl daraus zu erklären vermeint[169]), daß der Herr nachher nicht minder wie vordem in dem Besitze der Sache bleibe, und demgemäß einen Diebstahl nur da annehmen wollen, wo das betreffende Object von der gewaltunterthänigen Person an einen Fremden veräußert sei, was man sonach in denjenigen Fragmenten stillschweigend ergänzen müsse, welche ohne nähere Bestimmung des Delictes bei einem Haussohne u. s. w. gegen seinen Gewalthaber erwähnen. — Daß dieser unter solchen Umständen den Besitz behalte, leidet keinen Zweifel.

L. 15 D. de poss. 41, 2. Rem, quae nobis surrepta

---

167) S. oben §. 3. Not. 80.

168) L. 24 D. de poss. 41, 2. L. 38. §. 7, 8 D. de V. O. 45, 1.

169) So die Glosse Gl. ad h. l. v. furtum faciet. Cujacius Recit. solemn. ad Lib. XXII, Dig. Salvii Juliani in hanc. leg. Unterholzner a. a. O. §. 62, p. 205. Vorzüglich scharf wird dieß von Dollmann a. a. O. p. 20, 21 betont, wo denn auch die Consequenzen aus dieser Ansicht vollständig gezogen sind.

est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam, quae vi nobis erepta est. Sed si is, qui in potestate nostra est, surripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, quia per hujusmodi personas acquiritur nobis possessio. Et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest. (Gai. Lib. XXVI. ad Ed. prov.)[170].

Unrichtig ist es jedoch, in der Fortdauer der possessio den Grund dafür zu erblicken, daß die Entwendung hier ausschließlich mittelst der Einhändigung an einen unabhängigen Dritten zu Stande komme. Dieß widerlegt sich schon durch die Erwägung, daß Gaius den Besitz in gleicher Weise an dem entlaufenen Sklaven fortwähren läßt, und es dessenungeachtet an anderen Orten von ihm heißt, er begehe durch die Flucht an sich selbst ein Furtum.

L. 1 C. de serv. fugit. VI, 1. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aemiliae. — Servum fugitivum sui furtum facere et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis praescriptionem, manifestum est. S. Id. Decemb. Maximo II. et Aquilino Conss. (286)

Dieß ist nun nicht etwa nur ein Satz der späteren Constitutionenjurisprudenz; bereits Africanus kennt ihn.

L. 60 D. de furt. 47, 2. Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit. (African. Lib. VII. Quaest.)

Ja, noch mehr; auch unser Eigenthum, welches der flüchtige Sklave in Beschlag nimmt, wie das Kind, wird furtiv, obgleich wir damit dessen Besitz noch nicht verlieren, was ausdrücklich gesagt wird in

L. 1, §. 14 D. de poss. 41, 2. — Possessionem autem per eum acquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus Cassii et Juliani sententia est. (Paull. Lib. 54 ad Ed.)

Dieselben Zeugnisse entscheiden gegen den etwaigen Gedanken, aus der Vermögenseinheit zwischen Herrn und Sklaven, von der

170) Vgl. L. 1, §. 14 D. de poss. 41, 2.

jene besondere Gestaltung der Besitzverhältnisse ja nur eine einzelne Aeußerung ist[171]), den Ausschluß des Diebstahls im vorliegenden Falle zu erklären. — Es ist eben ein wesentlicher und gemeinhin[172]) von den Auslegern zu wenig beachteter Punkt, daß Julian in L. 56, §. 3 D. cit. einzig die Peculiarsachen nennt, daß deren „conditio", welche sich nicht geändert haben soll, etwas mehr als bloß den Besitz bezeichnet. Dieß Wort ist nämlich von dem gesammten Inbegriff aller der Beziehungen zu verstehen, in welchen sich jene Gegenstände vordem befunden haben. — Daß darin in der That keine Neuerungen eingetreten, wird unter der gemachten Beschränkung nicht schwer ersichtlich sein. Ganz ebenso, wie wir von dem Schuldner behaupteten, er könne durch den rein subjectiven Willen das Pfand nicht aus seinem vermögensrechtlichen Verbande herausheben, ist es dem Sklaven unmöglich, aus seinem Sondergute eine Sache auszuscheiden, um sie für seine individuellen Zwecke zu erübrigen. Er ist factisch der Dominus des ihm zugewiesenen Peculium, wie rechtlich jeder Freie und von fremder Gewalt Unabhängige Herr seines Vermögens. Wie dieser dasselbe nicht verdoppeln kann, so ist nicht minder der Erstere außer Stande, seine Persönlichkeit in der Weise zu spalten, daß neben dem Peculium ein anderer Vermögensnexus sich erhöbe, in welchen sich irgend ein Gegenstand aus dem Sondergute, wenn gleich nur äußerlich, hineinversetzen ließe. Dieß geschieht erst in der Uebertragung an einen anderen Inhaber, ein neues Subject, welches die Sache in seine Herrschaftssphäre hinüber nimmt. Und so ist denn auch der Hypothekarschuldner in der Lage, lediglich durch Vergabung der Hypothek an einen Dritten dieselbe aus dem Complexe herauszutrennen, dem sie derzeitig angehört, und in dem also vollendeten Diebstahle die an das Eigenthum streifenden Rechte des Gläubigers anzutasten. Die nothwendige Folge davon ist dann die Unstatthaftigkeit der Ersitzung. — Die Beweiskraft der L. 56, §. 3 D. cit. besteht also wesentlich darin, daß sie uns zeigt, es werde hier eine Entwendung, und zwar nicht etwa in Veranlassung des in den Händen des Dominus verbleibenden Besitzes, überhaupt nicht begangen. Dadurch wird dann die Frage völlig überflüs-

---

171) Vgl. Zeitschr. f. Civil R. u. Proc. N. F. Bd. XI, p. 410, 411.

172) Eine rühmliche Ausnahme macht hier die Glosse zu unserer Stelle. v. non mutatur. Secus in dominica, s. jedoch auch Not. 169.

sig, ob das Pfand zu dem Eigenthümer zurückgekehrt sei, oder nicht, woraus, wie wir sahen, die Mehrzahl unserer Juristen auf dem einen oder anderen Wege die Vereinigung der einander widerstrebenden Gesetzesstellen zu vermitteln versucht. —

Die innere Begründung der hier aufgestellten und durch den Inhalt jenes Digestenfragmentes erhärteten Ansicht dürfte uns durch folgende Betrachtung noch deutlicher werden. Nur von Peculiarsachen wollten wir L. 56, §. 3 D. cit. gelten lassen; und in Wahrheit ist nicht zu läugnen, daß in der Besitznahme einer von dem Vater nicht zu dem Peculium geschlagenen Sache dem Hauskinde ein wahres Furtum zur Last fällt. Diese wird dadurch aus dem Kreise der Disposition des Ersteren heraus und in die des Kindes hineingestellt. Es ist leicht abzunehmen, worauf die Verschiedenheit der von den Peculiarsachen und der über die von der Glosse sogenannten res dominicae gegebenen Vorschriften beruhe. Hier wechselt der natürliche Herrscher, dort vertauscht eine und dieselbe Person den Willen, jenen Gegenstand im Namen ihres Gewalthabers zu besitzen, mit dem Entschlusse, ihn fortan dem eigenen Interesse dienstbar zu machen. Allerdings erhält derselbe zugleich seinen positiven Ausdruck, so daß er nicht bloß in der Idee existirt, sondern wirklich bereits eine bestimmte, faßbare Gestalt gewonnen hat. Wollte man sich nun damit zufrieden stellen, so dürfte man dann freilich auch die Art, in der sich dieser Entschluß kund giebt, weiter kein Gewicht legen. Aber der Diebstahl verlangt auch dessen Ausführung, die thatsächliche Sonderung der Sache von dem einen und ihre Verbindung mit dem anderen Vermögen; und daran fehlt es hier. — Sollte mit dem Besitzwillen schon der Uebertritt des Objectes aus jener Gütermasse, welcher es bisher zugetheilt war, in den Bereich des der potestas Unterworfenen bewerkstelligt sein, so müßte die Grenze zwischen beiden ausschließlich nach dessen Belieben verschoben werden können. Zwar ist der Bestand des Peculium in so fern ein rein factischer, als es ganz von der Willkür dessen abhängt, der dasselbe constituirte, was jeder Zeit dazu zu rechnen sei[173]; das Kind oder der Sklave hat jedoch in keiner Weise darüber zu verfügen. Dadurch wird es ihnen ja überhaupt erst möglich, Peculiarsachen zu entwenden, daß die bezüglichen Anordnungen des Herrn oder Vaters für sie Gesetz sind. Außer diesem mehr

---

173) Vgl. L. 8 D. de pecul. 15, 1; L. 4 pr. §. 2 D. eod.

ideellen Zusammenhange des Sondergutes existirt aber eine in die Augen springende Scheide, wie die Detention durch verschiedene Individuen sie bildet, und wie sie zwischen dem Peculium und dem vorbehaltenen Vermögen des Dominus u. s. w. vorhanden ist, gegen das der von ihm und kraft seiner hausherrlichen Befugniß regierten Personen gar nicht. Von einer wirklichen Ueberschreitung der dazwischen aufgerichteten Schranken, wie sie selbst in der Flucht des Sklaven noch anerkannt werden muß, kann also keine Rede sein. In dieser Hinsicht hat denn Cujacius[174]) nicht gerade Unrecht, wenn er den Ausspruch Julians in L. 56, §. 3 D. cit. mit den Worten begründet „sola cogitatio, solum furandi consilium furem non facit", mag er gleich zu dem vollen Verständnisse dessen, was sie in der Anwendung auf die hier besprochenen Verhältnisse eigentlich zu bedeuten haben, nicht schon hindurchgedrungen sein. — Allein, ist das Alles nicht vollständig ebenso, wenn der Repräsentant fremden Besitzes den Vertretenen bestiehlt? Hier reicht denn doch ohne Weiteres die Veränderung des Willens zur Entwendung hin, auch ohne daß eine besondere körperliche Berührung der Sache erforderlich wäre, wie wir dieß selbst an einem anderen Orte[175]) des Ausführlicheren nachgewiesen haben. Indessen wir haben dort auch gesehen[176]), wie durch diese Umwandlung des Willens zugleich der Detention der Sache eine andere Richtung gegeben wird, wie eine factische Bemächtigung damit verbunden sei. Nicht mehr für den Auftraggeber, sondern für sich ergreift der Stellvertreter nunmehr den Besitz. Der Sklave dagegen ist von Anfang an gewöhnt, sich als das nächste Subject des Peculium zu betrachten[177]), nur die Rechtsnothwendigkeit bezieht den formell immer auf die eigne Person gestellten Willen auf die des Herrn. Wenn jener also den letzteren auszuschließen sich vornimmt, so wird damit weder der animus possidendi zu einem neuen, noch die Detention irgend zu einer anderen. Die Sache bleibt mithin ganz in demselben Herrschaftsgebiete wie vorher; sie ist Niemanden weggenommen worden. Das Resultat, welches wir aus der Interpretation der L. 56. §. 3 D. cit. zu erzielen bemüht waren, ist einzig das, der

174) An dem Note 169 angeführten Orte.

175) Gießener Zeitschrift. Neue Folge. Bd. XI, Nro. XII.

176) Vgl. ebenda p. 424 ff.

177) Ebenda p. 418.

Sklave oder Haussohn sei ohne fernere Veräußerung eines Diebstahls an seinen Peculiarsachen unfähig. Diesem Satze, so wie der von uns versuchten Rechtfertigung desselben steht es nun nicht entgegen, wenn eben der Julian, von welchem das citirte Fragment herrührt, anderwärts folgende Aeußerung thut.

L. 33, §. 6 D. h. t. 41, 3 — nam quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res non faciunt deteriorem dominorum conditionem. (Julian. Lib. 44 Dig.)[178])

Die Entwendung an sich wird hier nicht verneint; vielmehr scheint der Ausdruck „subtrahere" so wie das vorher gebrauchte „surripere" eher das Gegentheil anzudeuten. Nur auf die Usucapion hat dieß Furtum keinen Einfluß, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil dem Herrn der Zugang zu dem Seinigen jeden Augenblick offen ist. Bei dem entflohenen Sklaven ist freilich Beides anders. —

Zweierlei sollte aus unserer Erörterung hervorgehen, einmal daß der Schuldner, welcher das Pfand aus dem Gewahrsam des Gläubigers an sich bringt, die Möglichkeit der Usucapion dadurch noch nicht beschränkt, daß umgekehrt aber der Hypothekarschuldner durch den Verkauf der Hypothek deren Furtivität herbeiführe. Wie verträgt sich nun dieß Letztere mit der oben von uns mitgetheilten Regel, das furtum usus und possessionis habe diese Wirkung nicht? Wir glauben, die so eben erhaltenen Ergebnisse thun ihrer Richtigkeit noch keinen Eintrag. Diese Entwendung ist kein furtum possessionis. Der Besitz der Hypothek war ja niemals bei dem Creditor. Es handelt sich hier in Wirklichkeit um ein furtum rei ipsius[179]). —

---

178) Paullus in L. 4, §. 8 D. h. t. setzt ohne Zweifel die Veräußerung des Pfandes voraus. — Man könnte hier noch darauf verweisen, daß der besessene Sklave, weil er nicht Herr seiner Handlungen sei, sich ebensowenig wie seinem rechtmäßigen Herrn, der ihn nicht besitzt, die Disposition über eine Sache verschaffen könne. (Vgl. Zeitschrift für Civ. R. u. Proc. a. a. O. p. 423). Daß dieß hier nicht maßgebend ist, zeigt schon der Umstand, daß die Entwendung eines Objectes aus dem vorbehaltenen Vermögen als Furtum gilt. Der Besitz verlangt eine gewisse Sicherheit der Herrschaft, nicht so der Diebstahl. Diesen Unterschied weiter auszuführen ist indessen hier nicht der Ort.

179) S. v. Wächter a. a. O. p. 363, 364. Auch Göschen Vorles. Bd. II, Abthl. 1, §. 263, p. 129, 130 erklärt wenigstens das von dem Eigenthümer begangene furtum possessionis auf die Usucapionsfähigkeit der Sache für einflußlos. Dem Wesen nach kommt das ziemlich mit unserer Ansicht überein. Der Nichteigenthümer verübt in dem furtum possessionis gegen den dinglich Berechtigten regelmäßig zugleich ein furtum rei gegen den Proprietar. Nur

Ein Bedenken ist jedoch immer noch zu erledigen. Unsere Quellen berichten uns, wie wir sahen, sogar der Verkauf des vom Debitor gestohlenen Pfandes hebe dessen Usucapirbarkeit nicht auf. (L. 4, §. 21 D. h. t. L. 5 D. pro emt.) So viel scheint indessen doch unwidersprechlich, daß wenn auch die Aneignung des Pfandes von Seiten des Schuldners nur als furtum possessionis betrachtet werden darf, wenigstens in der demnächstigen Weitergabe das Recht verletzt werde, welches der Gläubiger darauf hat, sich durch Verwerthung des pignus seine Befriedigung zu verschaffen. — In gewisser Hinsicht ist dieß allerdings durchaus wahr. Allein ein Umstand verdient hier eine genauere Erwägung, als ihm bisher zu Theil geworden. Wenn der Schuldner das Pfand aus den Händen des Creditor herausnimmt, so entwendet er in der That die Sache, nicht bloß den Besitz daran. Er hat offenkundig die Absicht, sie ihm gänzlich und für immer zu entziehen. Daß er diesen Zweck vorläufig nicht schon erreicht, hat lediglich darin seine Ursache, daß all sein Gut ein einiges und untheilbares Vermögen ausmacht. Aber auch gänzlich abgesehen von dem, was dem Diebe als Endziel seiner Handlungsweise vorschwebt, sobald wir die äußerliche Gestaltung der Dinge anschauen, wird uns immer das Geständniß abgenöthigt werden, das Pfandobject sei aus dem Herrschaftsbereiche des Gläubigers thatsächlich schon ausgeschieden, und zwar in völlig anderer Art, als man dieß von dem Sklaven sagen kann, der eine Peculiarsache für sich mit Beschlag belegt. Dort ist in Wahrheit der Gegenstand aus dem einen in den anderen Gütercomplex hinübergetragen worden, hier fehlt es überhaupt an jeder sichtlich erkennbaren Grenzlinie zwischen den beiden Vermögensmassen, und damit entbehrt auch der Diebstahl seiner concreten Darstellung. Er ist noch nicht in die Welt des Factischen hinausgetreten, das steht vielmehr erst zu erwarten. Von jenem ersteren Falle dagegen gilt der Satz „res facti infectae nullo modo fieri possunt", und was einmal schon geschehen ist, kann natürlich nicht zum zweiten Male geschehen. Der spätere Verkauf des pignus löst also nur dessen juristische Zusammengehörigkeit mit dem Vermögen des Diebes auf, raubt dem Gläubiger aber nicht die Freiheit der ihm kraft des Gesetzes oder Vertrages darüber gebührenden Disposition, indem

---

der Ausdruck ist nicht ganz correct, indem eben nie das furtum possessionis an sich das Usucapionsverbot zur Folge hat.

er diese bereits vorher verloren hatte. Wenn der anfänglichen Entwendung zum vollen Thatbestande des furtum rei der Erfolg mangelte, d. h. die Vereinigung der Sache mit einem fremden Güterinbegriff, so wird in der nachmaligen Veräußerung deren Zusammenhang mit dem Kreise, auf welchen sich die Herrschaft des Creditor erstreckt, nicht weiter zerrissen, als er dieß schon vordem war. M. a. W. Niemand ist im Stande, wider eine und dieselbe Person an einem und demselben Objecte, wenn jene es nicht inzwischen zurückerhalten hat, wiederholt einen Diebstahl zu verüben. Eine directe Bestätigung dafür, welche schon mit dürren Worten dieser Satz hinstellte, treffen wir freilich in der Justinianischen Compilation nicht an. Andeutungen der Art begegnen wir dort jedoch mehrfach.

L. 9 pr. D. de furt. 47, 2. Ei, qui furti actionem habet, assidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res surrepta. (Pompon. Lib. VI ad Sabin.)

L. 46, §. 9 D. eod. Si furtiva res ad dominum rediit, et iterum contrectata est, competit alia furti actio. (Ulp. Lib. 42 ad Sabin.)

L. 67, §. 2 D. eod. Infans apud furem adolevit; tam adolescentis furtum fecit ille, quam infantis; et unum tamen furtum est; ideoque dupli tenetur, quanti unquam apud eum plurimi fuit. Nam quod semel duntaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? Quippe si surreptus furi foret, ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiamsi duo furta fecisset, non amplius, quam semel cum eo furti agi posse. (Celsus Lib. XII Dig.)

L. 76, §. 1 D. eod. Si quis alteri furtum fecerit, et id, quod surripuit, alius ab eo surripuit, cum posteriore fure dominus ejus rei furti agere potest, fur prior non potest; ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id, quod surreptum est, salvum esset. — Dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilominus duret; sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur. (Pompon. Lib. XXXVIII ad Quint. Muc.)

Die erste Stelle sagt uns, daß die Fortsetzung des Diebstahls

unerachtet der beständig dabei Statt findenden Contrectation nur die alte Klage fortwähren, aber keine neue entstehen lasse[180]).

180) Dem steht scheinbar entgegen L. 17, §. 1 D. de furt. Es wird dort von dem Sklaven, welcher seinen Herrn bestohlen hat, gesagt, auch wenn er später freigelassen werde, sei jener nach wie vor außer Stande, gegen ihn zu klagen. Dieß beschränkt Ulpian dann aber in den Worten „Plane si manumissus contrectaverit, dicendum erit, teneri eum furti judicio, quia hodie furtum fecit". Haben wir aber unter diesem contrectare wirklich das zu verstehen, was in L. 9, pr. D. cit. „assidua contrectatio" genannt, oder was von Celsus in L. 67, §. 2 cit. als zweites Furtum bezeichnet wird? Nöthig ist das wohl nicht, und der Widerspruch, in den Ulpian dadurch nicht allein mit Pomponius und Celsus, sondern auch mit sich selbst geräth, füglich zu vermeiden. Wir denken uns den Zusammenhang des Fragmentes also. Der Satz „neque enim actio" ect. bezieht sich auf die Fortsetzung des Diebstahls. Unsere Gegner müssen ihn von dem Falle deuten, wenn der Freigelassene das fragliche Object nicht mit sich fortnimmt. Damit hätte nun auch der Diebstahl sein Ende erreicht. Natürlicher ist es aber doch, dem „ab initio" die Fortsetzung als das Aufhören gegenüber zu stellen, da man von dem, was völlig abgethan ist, ohnehin nicht leicht noch nachträglich eine Wirkung erwarten wird. Auch herrscht zwischen dem Ausdruck „hunc furem" und dem „unum furtum", dessen Celsus erwähnt, eine unverkennbare Uebereinstimmung. Ulpian führt damit in gleicher Weise wie jener die Einheit des Diebstahls als Ursache dafür an, daß eine zweite Klage dem Proprietar hier nicht erwachse. Denkt demnach der Jurist zunächst an die Fortsetzung der Entwendung, so geht er dann in dem folgerichtigen Verlaufe der Entwickelung seiner Ansicht auf den neuen Diebstahl, nicht auf die abermalige Besitznahme über. Er hat ja gar keine Veranlassung, wie Celsus durch den ihm gemachten Einwand, die einzelnen Augenblicke während der Dauer des Delictes von einander zu sondern. Er spricht überall von dessen juristischem Begriffe, nicht wie jener von den Thatsachen, welche die äußere Hülle dafür darbieten. (Vgl. Cujacius Tract. ad Afric. VIII. ad L. 21 D. commod. O. O. Tom. I. col. 1260.) Der Sklave hatte also inzwischen die Sache wieder an ihren Platz gestellt, dadurch den Diebstahl getilgt, und begeht ihn nun als Freigelassener von Frischem. Daß er den Gegenstand nicht weiter weggeschafft hat, dürfte die ohne Weiteres vorausgesetzte Möglichkeit einer neuen Contrectation darthun, und so würde L. 17, §. 1 cit. einen directen Gegenbeweis gegen die Meinung derjenigen liefern, welche auch an res dominicae nur durch Veräußerung einen Diebstahl ausführbar glauben, sobald man nur damit einverstanden ist, daß „contrectare" nicht eine während des ferneren Verbleibens der Sache bei dem Diebe vorgenommene Herrschaftshandlung bedeuten solle. Ebenso ist vielleicht die von Celsus herrührende L. 15 D. de cond. furt. 13, 1 zu interpretiren, falls sie nicht von einem überhaupt erst nach der Freilassung Statt findenden Diebstahle redet. Wahrscheinlich verhält es sich indessen also damit. Die condictio furtiva setzt voraus, daß ein vermögensrechtliches Subject den gestohlenen Gegenstand unmittelbar in Folge des Diebstahls habe oder gehabt habe. (L. 16. L. 20 D. de cond. furt. 13, 1) Diese verschiedenen Bedingungen treffen aber erst zusammen, wenn der Freigelassene die Sache noch hat. Wir nehmen also jenes „contrectaverit" in L. 15 D. cit. von der „assidua contrectatio". Damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß nun auch in diesem Augenblicke ein abermaliges Furtum verübt werde. Ganz ungenügend will uns bedünken, was Noodt Comm. in h. t. O. O. Tom. II. Lugd. Bat. 1724, p. 303. zur Erläuterung der abweichenden Behandlung von actio furti und condictio furtiva beibringt. Vgl. v. Savigny System Bd. II, p. 426—428. Desgleichen weisen Paullus und Octavenus in L. 66, §. 1 D. de furt. die Annahme zurück, daß der anhaltende Gebrauch eines entwendeten Gegenstandes dem nachmaligen Eigenthümer zu einer neuen Klage verhelfe. Darnach möchte denn auch die Erklärung, welche v. Savigny (Syst. Bd. V, p. 450, Not. d.) von

Ergänzt wird dieß durch den Inhalt des zweiten Fragmentes. Nach der Rückkehr der Sache zu dem Herrn kann diesem durch eine abermalige Besitznahme daran eine frische Klage zuständig werden. Daraus lernen wir namentlich, daß der Dieb durch eine fernere Uebertragung des entwendeten Gegenstandes an Andere, wovon es zweifelhaft erscheinen mochte, ob sie noch unter jener „assidua contrectatio“ begriffen sei, das Maß seiner Verpflichtungen und die Zahl der wider ihn zulässigen Rechtsmittel nicht weiter erhöhe. Im Uebrigen ist allerdings die Fassung der L. 46, §. 9 D. cit. insofern nicht ganz genau, als man darnach glauben könnte, daß eine neue Klage, selbst gegen einen Dritten durch das „redire ad dominum“ bedingt werde. Ein Blick auf L. 76, §. 1 D. cit. zeigt die Unhaltbarkeit dieser Auffassung[181]). Damit soll indessen gegen die Schreibweise Ulpians am vorliegenden Orte keine Ausstellung erhoben werden. Jegliche Zweideutigkeit ist beseitigt, sobald wir uns den Zusammenhang vergegenwärtigen, in welchem der genannte Rechtsgelehrte auf jene Aeußerung kommt. Er handelt, wie die vorhergehenden Paragraphen ersehen lassen, von der Concurrenz mehrerer Diebstahlsklagen gegen eine und dieselbe Persönlichkeit, und zwar zuerst von dem Falle, wo dem Beklagten eine Mehrheit von Klägern gegenüber tritt; im §. 9 wendet er sich dann der zweiten Möglichkeit zu, wenn dem einen Kläger mehrere Klagen zu Gebote stehen. Wohl nur als eine gelegentliche Abschweifung ist §. 6,7 und 8 zu betrachten. Die Theilung der actio furti zwischen Eigenthümer und Pfandgläubiger, Nießbraucher u. s. w. führt nebenbei zur Besprechung der Verhältnisse, welche sich daraus ergeben, daß einer der Letzteren jenen bestohlen hat. Erst der Schluß der L. 46 lenkt wieder in die alte Bahn zurück. — Wir werden mithin, um uns darüber aufzuklären, ob das gestohlene Pfand in dem Verkaufe dem Gläubiger abermals entwendet sei, darnach zu forschen haben, in wie fern man hier ein vorheriges redire in potestatem behaupten dürfe. Erfahren wir nun aus L. 76, §. 1 D. cit. daß der zweite Dieb sich nicht gegen seinen unmittelbaren Vordermann, sondern gegen den Eigenthümer vergehe, so scheint es, als befinde sich auch bei dem Diebe die Sache nichts desto weniger in der

---

L. 53, §. 29 D. eod. giebt, nicht haltbar sein, zumal ein Furtum gegen Nachlaßobjecte nicht schon in Folge des Erbantritts, sondern erst nach geschehener Besitznahme zu verüben ist.

181) Vgl. Dollmann a. a. O. p. 42, Not. 98.

Gewalt des Herrn. Dieß ist nicht unrichtig, indem das Recht ja dem Letzteren seine Hülfe darbietet, der betreffende Gegenstand nach wie vor zu dessen Vermögen gehört. Ein Anderer kann daher dieses Band sehr wohl durchschneiden, indem bekanntlich die Inhabung durch den Proprietar zu den Voraussetzungen des Furtum nicht zu zählen ist. Das beweist aber nicht, daß Jemand, der sich die Sache bereits zugeeignet hat, dazu nochmals im Stande sei. Wie möchte man denn auch das eine Rückkehr nennen, was einfach als Forteristenz des Proprietätsrechtes bei dem früheren Inhaber sich darstellt, oder wie möchte man diese Rückkehr als besondere Bedingung für die Ausführbarkeit eines zweiten Diebstahls namhaft machen, wenn dem gar nicht anders sein kann? — L. 67, §. 2 steht damit ebenfalls im Einklang. Celsus giebt uns dort zuvörderst den tieferen Grund für die Entscheidung des Pomponius und Ulpian an. Es sei, sagt er, trotz der längeren Dauer und ununterbrochenen Erneuerung der den äußeren Thatbestand des Delictes bildenden Momente hier in Wahrheit doch nur ein Furtum verübt. Ja sogar da, wo mehrere Bemächtigungen durch einen Zwischenraum getrennt sind, und darum als zeitlich auseinander liegende unterschieden werden können, behalte es bei der einen Klage sein Bewenden[182]. Gerade dieß Letzte ist für uns von der höchsten Bedeutung, indem wir bei dem Pfandschuldner eine eben solche doppelte Bemächtigung in der Entwendung und dem Verkaufe des Pfandobjects wahrnehmen. — Gewiß möchte man nun bei oberflächlicher Ueberschau geneigt sein, aus den Worten des Juristen eine directe Widerlegung unserer Ansicht herauszulesen. Es wird dort ja ohne Umschweif von einem zwiefachen Diebstahle geredet, dessen sich der Dieb gegen den Herrn an dem Sklavenkinde schuldig mache. In unserer Umschreibung dieses Satzes haben wir bereits angedeutet, wie wir den Ausdruck „duo furta“ bloß von dem factischen Ergreifen der fremden Sache verstehen, ohne damit den vollen Begriff des Diebstahls zu verbinden. Was uns dazu berechtigt, ist zweierlei. Einmal der Gedankengang, den Celsus hier verfolgt. Das Ziel seiner Beweisführung ist, darzuthun, warum die Aestimation auf den höchsten Werth gerichtet werden dürfe, welchen der Gegenstand bei dem Diebe hatte. Als Einwand war da-

182) Hypothetisch scheint den Satz „etiamsi duo furta fecisset“ zu nehmen Sintenis im Deutschen Corpus Juris Bd. IV, und zwar so, daß darin noch eine zweite von der ersten unabhängige Voraussetzung enthalten wäre.

gegen geltend gemacht, man könne nur einmal klagen. Wo dieser Einwurf hinaus wolle, ist ziemlich dunkel. Die Art, in welcher er vorgebracht wird, entgeht denn auch dem Tadel unseres Auctors nicht. Da, wo der äußere Act des Stehlens sich vielleicht zufällig wiederhole, bemerkt er, habe der Bestohlene doch ebenfalls nur eine einzige Klage, um seinen Schaden zu bessern. Wir können daraus entnehmen, wie Celsus den rege gewordenen Zweifel auffaßt. Die Meinung scheint ihm dabei im Hintergrunde verborgen zu liegen, als müsse die Schätzung eigentlich genau nach der Zeit bemessen werden, in welche die Handlung des Stehlens falle. Diesen Glauben bekämpft dann seine fernere Argumentation. Ausgehend von der erwähnten doppelten Bemächtigung der Sache fährt er im Anschluß an die oben von uns mitgetheilten Worte fort: Nec dubitaverim, quin adolescentis potius, quam infantis aestimationem fieri oporteret. Et quid tam ridiculum est, quam meliorem furis conditionem esse, propter continuationem furti existimare? Trage man also unter diesen Umständen kein Bedenken, den höheren Werth zu berechnen, so könne man es unmöglich deshalb unterlassen, weil ein solcher Zufall sich nicht ereignet habe. Wäre das, was der Schriftsteller hier „furtum“ nennt, in der That und juristisch betrachtet ein Diebstahl, so würde es augenscheinlich keine so arge Ungereimtheit sein, da, wo zweimal gestohlen ist, eine andere Schätzung zu gestatten und strengere Maßregeln zu treffen, als da, wo dem Diebe nur eine Entwendung vorgeworfen werden kann. Dieß leitet uns auf den zweiten Punkt hinüber. Auch die materielle Beurtheilung, welche Celsus der zur Beantwortung stehenden Frage angedeihen läßt, spricht für uns. Die actio furti ist bloß einmal begründet. Als der Dieb die Sache zum zweiten Male in die Hände bekam, fehlte es demnach entweder an allem Interesse des Eigenthümers, oder der ganze Vorgang qualificirte sich, sei es in rechtlicher, sei es in factischer Hinsicht noch nicht als Diebstahl. Das Erstere wird man kaum behaupten können, indem jede Ortsveränderung des Objectes den Herrn nöthigt, seinem Gute anderwärts nachzuforschen. Domini interfuit, heißt es in L. 76, §. 1 D. cit.; ut id, quod surreptum est, salvum esset. Sollte man hiergegen erinnern, die Sache kehre vielmehr in ihre alte Lage zurück, und es gereiche somit nicht minder zu dem wohlverstandenen Vortheile des Proprietars, als zu dem des Diebes, wenn dieser sie sich wieder zu verschaffen vermöge, so ist damit

doch noch immer nicht gesagt, wo jene am besten aufgehoben sei, und jedenfalls ist dieß Hin- und Herwandern derselben nicht geeignet, den endlichen Stand der Dinge aufzuhellen. Wollten wir aber auch zugeben, daß der Mangel einer ersichtlichen Vermögensbeschädigung die zweite Klage hier schon im Keime ersticke, so müssen daneben stets noch andere Gründe wirksam werden, welche auf dasselbe Ergebniß hinarbeiten. Es liegt sicher im Interesse des Herrn, daß der Dieb den entwendeten Gegenstand nicht weiter veräußere. Dessen ungeachtet entspringt daraus keine zweite actio furti wider ihn, wenn er dennoch zu einer solchen Vergabung schreitet. Es muß mithin irgend eines der zu dem eigentlichen Thatbestande des Delictes gehörigen Requisite außerdem vermißt werden. Und wiederum darf man diese Unvollständigkeit nicht in dem äußeren Handeln suchen. Jeder wissentliche Erwerb gestohlenen Gutes, mag er immerhin auf dem Wege eines formell rechtmäßigen Verkehres gemacht werden, ist Diebstahl. (vgl. Note 84) Was ihm hier diesen Charakter nimmt, kann daher einzig die persönliche Stellung des Erwerbenden sein. Er ist, was er einmal weggenommen hat, zum zweiten Male zu nehmen außer Stande, denn dadurch daß er die Sache an Dritte überläßt, oder daß sie ihm sonst verloren geht, kehrt sie zu ihrem Herrn nicht schon zurück.

Fassen wir nunmehr die in Bezug auf den Pfanddiebstahl durch den Schuldner gewonnenen Sätze kurz zusammen, so sind es folgende. Die Entwendung des Pfandes durch den Debitor hat dessen Usucapionsunfähigkeit nicht zur Folge, indem dasselbe jetzt nicht minder als früher factisch in dem Vermögenscomplexe beharrt, von welchem es vorher umschlossen war. Das Gegentheil gilt von der Veräußerung einer Hypothek, denn dadurch wird diese wirklich in dieblicher Weise von dem Vermögen ausgesondert, zu dem sie bis dahin gehört hatte. Der Verkauf des bereits gestohlenen Pfandes endlich hat diese Wirkung seinerseits eben so wenig wie das erste Furtum, indem das, was Jemand dem Eigenthümer einmal entwendet hat, ehe es in die Hände des Letzteren zurückgelangt ist, ihm von jenem nicht zum zweiten Male entwendet werden kann. — Dürfen wir auf diesen Resultaten weiter fortbauen, so möchten wir nun hinlänglich vorbereitet sein, um uns mit einiger Hoffnung auf einen glücklichen Erfolg der Erklärung der L. 49 D. h. t. zuzuwenden. Haben wir also gesehen, daß der an einem Faustpfande verübte Diebstahl ein Usu-

capionshinderniß niemals abgebe, so können wir dieses Fragment einzig auf das Furtum an einer Hypothek deuten. Der Wortlaut der Stelle steht dem nicht im Wege. Pignori dare wird eben so wohl von der hypothekarischen Verpfändung, als von der Hingabe zum Faustpfande gebraucht[183]). Zumal hier sollte es nicht auffallen, wenn Paullus sich des ihm geläufigeren lateinischen, obgleich nicht ganz unzweideutigen Ausdrucks bedient, da er im Grunde bloß von dem reverti in potestatem spricht, und es daher als allgemein bekannt auf sich beruhen lassen kann, wodurch die Ersitzung der gestohlenen Pfandsache ausgeschlossen werde. Eben so wenig haben wir an dem „surripuerit“ Anstoß zu nehmen. Ganz ähnlich ist „auferre“ in L. 19, §. 6 D. de furt. gesetzt, und überdieß wiederholt Paullus damit nur das von Labeo benutzte Wort, und knüpft seine Berichtigung an die von ihm beliebte Redewendung an. — Sachlich rechtfertigt sich die Paullinische Entscheidung dadurch, daß, wie wir oben sagten[184]), sämmtliche durch den Diebstahl verletzte Vermögensbeziehungen wieder hergestellt werden müssen. Also auch das Pfandrecht. Dieß geschieht freilich schon mit der Rückkehr der Sache zum Eigenthümer, und zwar aus denselben Ursachen, aus denen wir oben die Vollendung eines furtum rei leugneten, wenn nicht das entwendete Faustpfand an einen Dritten übertragen sei. Das genügt aber doch nicht in allen Fällen. Alle Gewalt setzt das Bewußtsein dessen voraus, der sie üben soll; hatte der Gläubiger dieses durch die Kunde von jener Veruntreuung verloren, so kann er erst durch die Benachrichtigung, wie Alles wieder in das alte Gleis gebracht sei, eine wirkliche Disposition über sein Pfand zurückerlangen. Beides, das reverti in potestatem domini und creditoris fällt also keinesweges völlig zusammen, so daß Paullus allen Anlaß hatte, das Eine dem Anderen entgegen zu halten.

Was der vorgetragenen Auffassung der L. 49 D. cit. an Sicherheit und überzeugender Kraft etwa noch gebricht, wird ihr aus einer vorurtheilsfreien Durchmusterung der sonst an jener Stelle versuchten Auslegungen zuwachsen. Wenn irgend eine, so dürfte Huschke's Interpretation[185]) sich durch Einfachheit und Ungezwungenheit empfehlen. Paullus, meint er, vertrete hier

---

183) Vgl. L. 1 pr. L. 3, §. 2. L. 29, §. 1 D. de pign. 20, 1 u. a. m.
184) S. p. 143 ff.
185) Zeitschr. f. gesch. R. W. a. a. O. p. 258, 259, Not. 117.

einen Augenblick die Anschauung derjenigen unter den Römischen Juristen, welche in der Entwendung des Pfandes durch den Dominus ein Usucapionshinderniß sehen. Daß dieser Punkt unter ihnen streitig gewesen sei, darüber sind wir bereits durch Modestinus (vgl. p. 174) unterrichtet. Wir können die Bemerkung des Paullus demnach dahin paraphrasiren: Vielmehr ließe sich vielleicht auch das Gegentheil behaupten; denn, um einer nicht unbekannten Doctrin zu folgen, wenn der Schuldner die von ihm seinem Gläubiger zum Pfande eingehändigte Sache in Besitz nimmt, wird sie furtiv; wenn sie dagegen der Letztere zurückempfängt, kann die Usucapion wieder beginnen. — Dennoch, dünkt uns, erheben sich hier gewichtige Einwände. Ist es überhaupt wohl glaublich, daß Paullus den Labeo aus fremder von ihm selbst gemißbilligter Ansicht zu verbessern unternommen habe? Ist es wahrscheinlich, daß die Compilatoren einer solchen Correctur aus einer von ihnen verworfenen Theorie heraus in ihrem Gesetzbuche einen Platz gegönnt haben sollten? Müßte man daher nicht in ihrem Sinne immer noch nach einer anderen Deutung suchen, sogar, wenn Huschke ihren Inhalt im Geiste ihres Verfassers mit unwiderleglicher Evidenz entdeckt und nachgewiesen hätte? Nun aber zeugen selbst manche Anzeichen dagegen. Schon das, glauben wir, dürfte hier entscheidend sein. Forsitan hat bereits eine andere Function zu erfüllen; man kann diesem Ausdruck deshalb nicht noch die zweite Obliegenheit aufbürden, die bloß hypothetische Wahrheit des Folgenden anzukündigen. Paullus will ja nicht die völlige Unrichtigkeit des Labeonischen Satzes darthun, sondern ihn nur beschränken. Uebersetzen wir also jene Conjunction mit „vielleicht" Statt durch „unter Umständen," so würde jenes imo sein Ziel überspringen und das Vorhergegangene seinem ganzen Umfange nach verneinen. Der logische Bau unseres Fragmentes, der bei der Huschkeschen Auffassung so klar und deutlich in die Augen fällt, und ihr durch das Hervortreten seines schönen Ebenmaßes so viel des Ansprechenden verleiht, kommt jedoch auch bei der unsrigen nicht zu kurz. Der Jurist geht darauf aus, eine Gestaltung der Dinge zu finden, wo einmal die Rückkehr unter die Gewalt des Herrn dem Objecte den Makel aufheftet, und zweitens der Uebergang desselben auf einen Anderen diesen Makel tilgt. Wie, fragen wir, möchte nun der Begriff des „reverti in potestatem" noch auf die Veräußerung der Hypothek passen? — Haben wir aber oben keinen Anstoß daran

genommen, die Wiedererlangung der hypothekarischen Befugnisse durch den Creditor als ein solches redire zu betrachten, so darf es uns auch nicht befremden, wenn der Verkauf der Hypothek mit dem gleichen Namen bezeichnet wird. Der Eigenthümer maßt sich dadurch die völlig freie Verfügung über den Gegenstand wieder an, auf die er vordem zu Gunsten seines Gläubigers verzichtet hatte. — Die bei weitem überwiegende Zahl unserer Rechtslehrer [186]) will hingegen die obwaltenden Schwierigkeiten dadurch beseitigen, daß sie annehmen, Paullus spreche von dem verpfändenden Nichteigenthümer. Damit sind wir aber in der That dem erstrebten Ziele um Nichts näher gerückt. Selbst nach den auch von unseren Gegnern anerkannten Principien ist jene Interpretation schwerlich zu vertheidigen. Wenn die Rückkehr zu dem Schuldner der Usucapionsunfähigkeit des Pfandes keinen Einhalt thut, weil jenem die Proprietät daran nicht zusteht, so kann der Gläubiger durch seinen Besitz doch noch viel weniger die Ersitzung wiederum möglich machen; man müßte umgekehrt erwarten, daß Paullus erst mit der Rückerlangung des Pfandes von Seiten des Eigenthümers die Usucapion für zulässig befände, denn gegen diesen würde alsdann der Debitor den Diebstahl begangen haben. Erinnern wir uns nun vollends der Ausbeute, welche unsere Erörterung uns geliefert hat, so mehren sich die unseren Widersachern entgegen stehenden Bedenken in steigender Progression. Die Entwendung des Faustpfandes, — denn davon handelt nach ihrer Aller Ansicht die vorliegende Stelle — bewirkt niemals die Furtivität desselben; der Wiedererwerb durch den bonae fidei possessor hebt sie auf. Und warum sollte davon hier eine Ausnahme gemacht werden? Denn gegen den Dominus vergeht sich der Schuldner bei dieser Entwendung nicht, obgleich, wie gesagt, die Anhänger der von uns bekämpften Anschauungsweise sich dahin zu neigen scheinen, indem das Pfand, unerachtet es dem Gläubiger entzogen wird, doch in demselben Vermögen beharrt, in welchem es sich vor der Verletzung des Pfandnexus befunden hatte. — Einen dritten Weg schlägt Donellus [187]) ein. Nach L. 49, D. cit., meint er, habe der Debitor das Pfand zwar gestohlen,

---

186) Und zwar bereits von der Glosse an, wo der Casus zu unserer Stelle den Fall dahin construirt: nam si obligasti mihi rem alienam ect. Fernere Nachweisungen s. bei v. Vangerow Pand. Bd. I, §. 317, p. 668. vgl. auch noch oben p. 176.

187) Comm. jur. civ. Lib. V, cap. 28, §. 10.

aber noch nicht verkauft. Es könne ihm daher mit der hypothecaria actio abgenommen werden, und um deswillen habe auf Grund der L. 4, §. 12 und §. 26 D. h. t. die Rückkehr desselben in seine, des Pfandschuldners und Eigenthümers Gewalt hier nicht schon vollständig Statt gefunden, während nach geschehener Veräußerung die Klaganstellung ihm natürlich den Besitz nicht mehr rauben könne. — Dieß ist indessen erstens sachlich unrichtig, indem es bei dem reverti in potestatem nur darauf ankommt[188]), daß die äußere Wiedervereinigung mit der Habe des Proprietars in tadelfreier Weise erfolge, d. h. daß die possessorischen Interdicte gegen ihn nicht anwendbar seien. Die Pfandklage aber geht von ganz anderen Voraussetzungen aus und hat mit der Rechtmäßigkeit des Besitzes Nichts gemein. Es wird zweitens die innere Anordnung der L. 49 gestört, indem Donellus bei seiner Auffassung unter dem reverti in potestatem in Bezug auf Schuldner und Gläubiger etwas durchaus Verschiedenes verstehen muß, wonach dann die Umkehrung der Labeonischen Behauptung durch Paullus mindestens in ihrer ersten Hälfte völlig unzutreffend wäre. Die Sache würde nämlich, wenn diese Auslegung maßgebend werden soll, gar nicht in der Gestalt wieder in die Gewalt des Herrn gelangt sein, welche Labeo offenbar in Gedanken hat. — Allein ein Zweifel bleibt bei dieser Betrachtung immer noch unaufgeklärt und mag hier gelegentlich seine Erledigung finden. Gegen den Debitor, welcher das Faustpfand entwendet hat, ist jedenfalls das interdictum utrubi zulässig, und doch wird hier in den Quellen die fortdauernde Ersitzbarkeit auf das redire ad dominum gestützt. Wir können uns deshalb zunächst darauf berufen, daß durch den Diebstahl des Eigenthümers die Sache augenscheinlich gar nicht aus seinem Vermögen ausscheide und darum von einem Rücktritte dorthin nur sehr uneigentlich zu reden ist. Dann darf man aber auch nicht übersehen, daß das Interdict des Pfandgläubigers einen wesentlich anderen Character an sich trägt als das von irgend einem Dritten angestellte. Jener läßt das Pfand wenigstens stets in dem Vermögen des Schuldners und macht nur in so weit Anspruch darauf, als sein Pfandrecht sich erstreckt, welches eben die Dispositionsbefugniß des Verpfänders zur Grundlage hat. Der Fremde dagegen verlangt das betreffende Object ausschließlich und ohne irgend welche Beschrän-

188) Vgl. oben p. 162, 163.

kung für sich. — Wegen der von Mühlenbruch[189]) gemachten Andeutung, Paullus habe ursprünglich von der Usureception der Fiducia gehandelt, dürfen wir wohl einfach auf die Gegenbemerkungen von Unterholzner[190]) verweisen. — Eigenthümlich ist endlich noch, was Voet[191]) zur Ausgleichung des Widerspruches zwischen L. 4, §. 21 D. h. t. und L. 5 D. pro emt. 41, 4 auf der einen, und L. 49 D. h. t. und L. 6 C. de usuc. pro emt. VII, 26 auf der andern Seite beibringt. Die letztgenannten Stellen glaubt er auf den Fall beziehen zu müssen, wenn das Pfand von dem wahren Eigenthümer entwendet wurde, die ersteren auf den, wenn der bonae fidei possessor, der bekanntlich den Usucapionsbesitz auch nach vollzogener Verpfändung behalte, der Dieb sei. Er schließt daraus dann also weiter: Constat denique aliquem quidem posse in re sua furtum facere, sed non nisi quatenus apud alium jus aliquod est in illa re, neutiquam quatenus ipsius est; ac proinde uti is, qui rem suam pignori dedit, iterumque furto subtraxit, non facit furtum proprietatis, quae penes ipsum mansit, sed tantum possessionis illius, quae per pignoris dationem in creditorem translata fuit: ita quoque eum, qui rem alienam pignori dederat, deinde eam surripientem non facere furtum possessionis illius civilis, quae ad usucapionem pertinet, quaeque per pignoris dationem ab eo non recessit. — Ex quibus omnibus haec procedit collectio, debitorem, qui neque per pignoris dationem, neque per furtum a se factum civilem amisit possessionem alienae rei a se pignori datae, aut usucapiendi facultatem, etiam vendendo deinceps in emtorem bonae fidei transtulisse idem usucapiendi jus. — Die Begründung, welche Voet dafür giebt, daß der gutgläubige Besitzer durch den an dem Pfande begangenen Diebstahl dessen Usucapionsfähigkeit nicht beeinträchtige, kommt ziemlich mit dem von uns dafür Angeführten überein. Dieß ist jedoch nur die eine Richtung des von ihm herzustellenden Beweises; er will daneben noch zeigen, warum von dem Eigenthümer unter den gleichen Verhältnissen das Gegentheil gelte. Daß ihm dieß gelungen, möchte sich schwerlich vertheidigen lassen; vielmehr widerlegt er selbst in dem, was er im Anfange

---

189) Lehrbuch des Pandecten-Rechts, §. 261, Not. 14.
190) A. a. O. Bd. I, §. 62, p. 240 ff.
191) Comm. ad Pand. h. tit. Nro. 14.

des abgedruckten Textes sagt, auf das Bündigste die Meinung, zu der er sich dann bekennt, daß der Proprietar durch die Entwendung der Sache deren späterer Ersitzung ein Hinderniß bereite.

Die über die res furtivae bisher vorgetragenen Grundsätze finden in derselben Weise auch auf die res vi possessae Anwendung; ist doch die letzte Ursache des Usucapionsverbotes hier wie dort die nämliche, die eigenmächtige Unterbrechung des Vermögensverkehres. Ein Unterschied bestand indessen zwischen Mobilien und Grundstücken ehemals mindestens in so fern, als die betrügliche Veräußerung der letzteren auf deren Ersitzbarkeit keinen weiteren Einfluß übte, während an beweglichen Gegenständen dadurch ein Diebstahl begangen wurde. Von Justinian ist diese Differenz schließlich gleichfalls hinweggeräumt worden.

Nov. 119, cap. 7. Amplius sancimus, si quis mala fide res possidens vel per venditionem, vel per donationem, vel alio modo eas alienaverit, is vero, qui res illas ad se pertinere putat, hoc cognoscens intra decem annos inter praesentes et viginti inter absentes emtorem, vel donatarium, vel illum, ad quem alio quolibet modo res delatae fuerunt, secundum leges non interpellet, ut is, qui res illas accepit, firmiter eas habeat, post decennii scilicet inter praesentes et vicennii inter absentes lapsum. Quodsi verus rerum alienarum dominus res illas ad se pertinere et alienationem factam esse ignoret, jubemus, ut non aliter, quam triginta annorum praescriptione excludatur, quum ille, qui res hoc modo possidet, dicere non possit, se bona fide possidere, quando quidem ab eo, qui mala fide possedit, eas accepit.

Es soll nunmehr also auch an Immobilien — denn daß der Kaiser diese vorzugsweise im Auge hat, erhellt aus der alleinigen Erwähnung der zehn und zwanzig Jahre — welche in Kenntniß der fremden Angehörigkeit von ihrem dermaligen Besitzer an Dritte übertragen sind, die regelmäßige Usucapion nicht mehr statthaft sein, falls nicht etwa der Berechtigte um seine Befugniß und die Veräußerung weiß und dennoch die Angelegenheit auf sich beruhen läßt. Denn dadurch giebt er deutlich genug zu erkennen, daß er sein Recht nicht so werth halte, um Gebrauch davon zu machen. Wir haben hierin ein positives Zeugniß, daß jener Satz der

L. 215 D. de V. S. in potestatem domini rem venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, der dort zunächst nur von gestohlenen Sachen ausgesprochen wurde, im Römischen Rechte unbedenklich auf Grundstücke ausgedehnt worden ist, und daß wir uns keines Irrthums schuldig gemacht haben, wenn wir dieß für eine unzweifelhafte Thatsache erklärten. (Vgl. p. 160 f.). Dagegen ist der Zusammenhang der Justinianischen Verordnung mit den Principien, durch welche die Usucapionsunfähigkeit der res furtivae und vi possessae geboten erschien, nicht schon völlig durchsichtig. Es bedarf vor Allem noch der Verständigung über einen in unserer Novelle selbst streitigen Punkt. Die Worte des hergesetzten Capitels möchte man vielleicht dahin zu deuten versucht sein — wenigstens ist dieß mehrfach geschehen[192] — als ob einzig dem unmittelbaren Nachfolger des im bösen Glauben Veräußernden die Möglichkeit der Ersitzung abgeschnitten, demjenigen aber nicht benommen sei, welcher von dem neuen Herrn, also aus der dritten Hand erwirbt. Indessen steht der Ausdruck des Gesetzes dem doch auch nicht entgegen, das Verbot auf die ferneren Nachbesitzer zu erstrecken; accipere ab aliquo — *κομίζεσθαι παρά τινος*, wie es im Griechischen lautet, — kann eben so wohl von demjenigen gesagt werden, welcher durch eine Mittelsperson, als von dem, welcher direct eine Sache von Jemandem empfängt. Ja, ob die den Umfang jener Bestimmung erweiternde Auslegung nicht sogar vorzuziehen sei, wird die folgende Betrachtung lehren, wobei wir die Analogie verwandter Verhältnisse[193] zu Hülfe zu rufen, nicht werden nöthig haben. Justinian beginnt mit dem Gegentheile des Rechtssatzes, welcher durch die Novelle neu in Kraft gesetzt werden soll. Wenn der unredliche Besitzer das Grundstück verkaufe, verschenke u. s. w. und der Berechtigte sei davon unterrichtet, so habe die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung ihren ungestörten Fortgang. Auch hier ist ausschließlich desjenigen gedacht, welcher persönlich von dem malae fidei possessor das fremde Gut überkommen hat, allein Niemand

192) So noch von Göschen Vorles. §. 263, p. 132, 133 und selbst diejenigen, welche der gegentheiligen Ansicht sind, gestehen zu, daß sie den Buchstaben gegen sich haben und stützen sich auf den Geist der Novelle. So namentlich v. Vangerow, §. 317, p. 671.

193) So will namentlich Sintenis Civil. R. Th. I, §. 51, p. 504, Not. 50 von den für die res furtivae geltenden Principien auf unseren Fall schließen.

wird je, was der Kaiser sagt, auf ihn beschränken wollen. Eine so tief einschneidende Abänderung des bisherigen Rechtszustandes kann unter keiner Bedingung durch ein bloßes Stillschweigen getroffen werden. Die nicht besonders genannten Successoren des Käufers, des Beschenkten u. s. w. sind mithin ebenfalls zu usucapiren im Stande. Die zweite Hälfte unseres Capitels steht nun in einem scharfen Gegensatze zu der ersten; auch hier müssen demnach die Successoren mit einbegriffen, und ihnen die Ersitzung verwehrt sein, wie sie ihnen dort gestattet ist. Oder will man lieber umgekehrt folgern, weil am Schlusse einzig von dem ersten Erwerber die Rede ist, werde es auch im Anfange nicht anders sein? Abgesehen indessen davon, daß man hiermit als ausgemacht annimmt, was eben erst zu beweisen ist, so hätte gerade dann Justinian sich doppelt aufgefordert fühlen müssen, die Tragweite seines Gesetzes noch genauer anzugeben und ausdrücklich zu bemerken, daß es in Betreff der ferneren Nachfolger bei dem hergebrachten Rechte sein Bewenden behalten solle. Selbst bei bloß oberflächlicher Ueberlegung konnte es ihm unmöglich entgehen, wie der die Verordnung einleitende Passus eine weitere Anwendbarkeit habe, und wie man sich darum nur zu leicht versucht fühlen müsse, die ganze Novelle in gleicher Weise auszudehnen. Ist es doch eben das Streben nach Deutlichkeit und die Furcht vor Mißverständnissen, welche ihm den Eingang des Capitels dictirt hat. — Heißt es endlich in den Dispositivworten des Erlasses nicht geradezu: jubemus, ut non aliter quam triginta annorum praescriptione excludatur? Und das wäre nach der Ansicht der Gegner doch nicht richtig, indem es dann der bonae fidei possessor in der Hand hätte, durch baldige Ueberlassung des Grundstücks an Andere die Usucapionszeit fast wieder auf zehn oder zwanzig Jahre herabzudrücken[194]. — Für die materielle Bestimmung, welche wir nunmehr vollständig kennen gelernt haben, liefern uns die an den ausgeschriebenen Satz sich anschließenden Worte, wie gesagt, die innere Begründung. Wir werden daraus mindestens den Gedanken zu entnehmen haben, von dem der Kaiser hierbei geleitet wurde. Die bona fides, meint er, könne oder

194) Als Nebengrund könnte man allenfalls noch auf die Fassung von L. 3, §. 3 C. commun. de legat. VI, 43 verweisen, wo unzweifelhaft auch gegen die Successoren des ersten Erwerbers die Klage des Legatars gerichtet werden kann, ohne alle Rücksicht auf eine etwaige Usucapion, und ihrer ebensowenig wie in der Novelle besonders Erwähnung geschieht.

solle der Besitzer nicht für sich anführen. Die griechische Fassung läßt beide Interpretationen zu[195]; die Hombergksche Uebersetzung vertritt die erstere. Darnach würde Justinian mit den Genitiven „*μὴ δυναμένου* ect.“ das Motiv für seine Vorschrift mittheilen, während sie im anderen Falle mehr noch zu deren Erläuterung dienen müßten. Die ganze Verschiedenheit ist, genau betrachtet, lediglich formell, und ob man sich für die eine oder andere dieser Auffassungen entscheidet, möchte am Ende ziemlich gleichgültig sein. Die letzte Ursache für die von dem Kaiser getroffene Neuerung liegt immer erst weiter rückwärts und wird uns am Ausgange des Gesetzes erschlossen — „quandoquidem ab eo, qui mala fide possedit, eas accepit.“ Darum also ist dem bloß subjectiven guten Glauben die ihm sonst innewohnende Kraft abgesprochen, weil der Besitzer das Grundstück von einem unredlichen Inhaber in Empfang genommen hat. Es ist mithin keinesweges die individuelle Stellung des Ersteren zu dem Objecte, welche offenbar durch des Vordermannes Redlichkeit oder Unredlichkeit gar nicht berührt wird, sondern der Eintritt in die von diesem geübte Herrschaft, was sich nach Justinians Anschauung der Ersitzung in den Weg stellt, indem es den Besitz des Erwerbers oder die Berufung darauf nicht mehr mit der bona fides verträglich sein läßt. Diese Nachfolge findet sich nun aber eben so bei jedem Dritten, als bei dem, der den Gegenstand zunächst von dem malae fidei possessor erhalten hat. Es ist deshalb dem von dem Kaiser selbst gehegten Gedanken durchaus gemäß, wenn wir seiner Verfügung die weiter gehende von den beiden oben beregten Bedeutungen geben. Sonach wären wir denn auch von dieser Seite her zu dem gleichen Resultate wie vorher gekommen.

Wir werden bereits jetzt inne geworden sein, wie die Beweg-

195) — *κελεύομεν μὴ ἄλλως, τοῦτον ἀποκλείεσθαι, πλὴν εἰ μὴ διὰ τῆς παραγραφῆς τῆς τριακονταετίας μὴ δυναμένου λέγειν τοῦ τὰ πράγματα τούτῳ τῷ τρόπῳ νεμομένου, ὅτι αὐτὸς καλῇ πίστει νέμεται, ὅποτε παρὰ τοῦ κακῇ πίστει νεμηθέντος ταῦτα ἐκομίσατο.* Dem entspricht auch die **versio vulgata** — non valente dicere eo, qui res hoc modo possidet, quia ipse bona fide possidet, quando a mala fide possidente hoc accepit. — Die Basiliken geben die Novelle fast wörtlich wieder. (Lib. 50. Tit. 14, cap. 11). Bei Theodorus Hermopolitanus im Breviarium der Novellen Nov. 119, c. 8 (Zachariae Anecdota p. 120) heißt es ähnlich „*ὁ λαβὼν πρᾶγμα παρὰ τοῦ* mala fide *νομέως*.“ Es darf übrigens wohl kaum noch bemerkt werden, daß, wenn wir die erste Interpretation für richtig halten, das „se bona fide possidere“ mehr im objectiven, anderen Falls mehr im subjectiven Sinne zu nehmen ist.

gründe Justinians hier nicht völlig dieselben sind mit denen, welche von Alters her die Ersitzbarkeit der res furtivae und vi possessae vernichteten. Eine eigenmächtige Verletzung der Verkehrsnormen setzte diese Gegenstände außerhalb alles Vermögensverkehres. Das ist mehr als ein bloßer Verstoß gegen die bona fides, wie wir gegenwärtig mit einem solchen zu thun haben. Die Eigenmacht legt dem Benachtheiligten einen Zwang auf, den er nicht dulden will und nicht zu dulden braucht, mag dieser Zwang übrigens in roher Gewalt oder darin bestehen, daß man die Bemühungen des Eigenthümers, seines Gutes wieder habhaft zu werden, von vorn herein nach Kräften vereitelt, indem man dasselbe aus dessen Gesichtskreise entrückt. So auch bei der Veräußerung fremder Mobilien; der Besitzer sucht, nicht nur sich, sondern auch die Sache der drohenden gerichtlichen Verfolgung zu entziehen. Von dem malae fidei possessor, der den fremden Acker verkauft, kann man nur das Erstere behaupten; er will einzig seine Person dadurch sicher stellen, daß das Land inzwischen schon in die dritte Hand übergegangen ist, und er damit weiter Nichts zu schaffen hat. Die frühere Jurisprudenz war daher in ihrem vollen Rechte, wenn sie dessenungeachtet die Usucapionsfähigkeit des Ackerstückes ruhig fortdauern ließ. — Zwar liegt auch in der malae fidei possessio an sich ein Widerspruch gegen das Gesetz und eine unverkennbare Mißachtung desselben, immer aber kein thätlicher Widerstand dagegen. Gewiß konnte nun Justinian als neues Princip in unserer Lehre aufstellen, daß jeder bewußt widerrechtliche Besitz ein objectives Hinderniß für die Ersitzung werden solle. Eine consequente Fortbildung der früher schon vorhandenen Momente würden wir freilich darin nicht erblicken können, indem die Auflehnung gegen das Recht beschränkt bleibt auf die Person des Besitzers, nicht aber die Sache aus dem Rechtsverkehre heraushebt. So weit ist der Kaiser indessen nicht einmal gegangen. Bloß die Veräußerung durch den malae fidei possessor soll jene Folge haben, obgleich nicht leicht abzusehen ist, weshalb dem Verkaufe, der Schenkung u. s. w. eine tiefer greifende Wirkung zugeschrieben wird, als dem unrechtmäßigen Besitze, welcher jener vorausging. Die Opposition gegen die gesetzliche Ordnung ist sicher hier nicht minder stark wie dort. Oder will man den Kern des Ganzen in der subjectiv und darum formell ungerechtfertigten Veräußerung vorfinden, so müßte lediglich der nächste Empfänger zu usucapiren außer Stande sein, indem sich

schon gegen den Erwerb des Objectes durch seinen Nachmann von dieser Seite her gar keine Ausstellung machen läßt, und ein Mangel in dem titulus, denn darauf würde hier im Grunde Alles hinauslaufen, doch nur auf die Usucapion desjenigen einwirken kann, der daraus die Rechtmäßigkeit seines Besitzes ableitet. Unsere Untersuchung hat uns nun aber von dem Gegentheil überzeugt. So scheint es denn in der That, als sei einzig die äußere Symmetrie die Veranlassung für den Gesetzgeber gewesen, in dieser Hinsicht für Mobilien und Immobilien die gleichen Rechtssätze einzuführen. Wir werden daher z. B. die Usucapion desjenigen anerkennen müssen, der das Grundstück von dem Erben des bösgläubigen Besitzers überkommen hat. — Darum ist selbst noch für das neueste Recht die Frage nicht überflüssig, ob auch auf die besitzlosen Immobilien Abwesender, welche Jemand für sich in Beschlag nimmt, die Bestimmungen für die res vi possessae Anwendung leiden, seit durch die L. 11 C. unde vi VIII, 4 das interdictum unde vi dem Eigenthümer auf die Restitution seiner Ländereien wider den Occupanten verliehen ist? Unsere Antwort darauf kann nur verneinend ausfallen[196]. Ausschließlich der Mangel einer possessorischen Klage bewegt den Kaiser, hier das Interdict zu gestatten. Ueber diesen Zweck dürfen wir denn auch seine Verordnung nicht ausdehnen. Ueber das Verhältniß zwischen diesen beiden Personen gehen seine Gedanken überhaupt nicht hinaus.

Quamvis, si liberum esset, noluissem, sagt Paullus in L. 21, §. 5 D. quod met. caus. 4, 2, tamen coactus volui. Bei Uebertragungen von Sachen, welche dem Eigenthümer durch Furcht und Zwang abgedrungen werden, bleiben die rechtlichen Formen wenigstens äußerlich gewahrt. Es ist ja nicht geradezu Gewalt geübt worden. Die abgenöthigten Gegenstände sind deshalb auch der Ersitzung nicht entzogen. Ein neuer Beweis dafür, wie keineswegs eine in der Luft schwebende Begünstigung des Dominus die Wurzel der objectiven Usucapionsverbote war; auf unser stilles Mitleid hat der Beschädigte gewiß denselben Anspruch, vielleicht sogar in noch höherem Maße, wenn er sein Gut selbst hergeben muß, als da, wo man es ihm einfach abnimmt. Wie jedoch das klar zu Tage liegende, ihm widerfahrene materielle Unrecht die Auflösung des erzwungenen Geschäftes durch das Da-

---

196) Vgl. Lauterbach Colleg. Pand. h. t. Nro. XXII.

zwischentreten des Magistrates herbeiführte, so stellte sich auch hier die Nothwendigkeit nach und nach heraus, mindestens in einem einzelnen Falle, der bei der tiefen sittlichen Versunkenheit des Römischen Beamtenstandes besonders gefahrdrohend erscheinen mochte, sich eine Abweichung von der eisernen Consequenz des Buchstabens zu erlauben und die von dem Provinzial-Statthalter erpreßten Sachen für unersitzbar zu erklären. Dieß geschah durch die Lex Julia repetundarum[197]).

L. 8 D. de lege Jul. repet. 48, 11. Quod contra legem repetundarum Proconsuli vel Praetori donatum est, non poterit usucapi. §. 1. Eadem lex venditiones, locationes ejus rei causa pluris minorisve factas irritas facit, impeditque usucapionem, priusquam in potestatem ejus, a quo profecta res sit, heredisve ejus veniat. (Paull. Lib. 54 ad Ed.).

Zwei Gründe mochten dazu vorzugsweise mitwirken; einmal daß gerade hier von der Drohung und dem moralischen Zwange kaum ein, und ein oft kaum noch wahrnehmbarer Schritt zur wirklichen Gewalt ist, wodurch es sich sogar juristisch in Etwas rechtfertigt, die res Praesidi donatae den res vi possessae gleichzustellen. Dann daß die längere Amtsdauer der Statthalter und der dadurch fortgesetzt auf den Unterthanen lastende Druck, die Verewigung des einmal angewendeten Zwanges, auch vom praktischen Gesichtspunkte aus einen solchen Ausweg höchst wünschenswerth machten. — Es wird nicht auffallen, wenn man hierbei noch strenger verfuhr, als vielleicht auf den ersten Blick erforderlich scheint, indem man jegliche Schenkung an den Magistrat ohne Unterschied als erzwungen behandelte. Die größere Schwierigkeit des Beweises über den wahren Willen des Provinzialen, die Verführung, welche überhaupt für die Beamten darin lag, wenn sie Geschenke nehmen durften, und vor Allem traurige Erfahrungen aus früherer[198]) und späterer Zeit erheischten durch-

---

197) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 75, p. 251 ff. Donellus l. c. Lib. V, cap. 28, §. 4.

198) Das Verbot Geschenke anzunehmen, welche jährlich eine gewisse Summe überstiegen, enthält schon die Lex Servilia repetundarum im ersten Capitel. S. Klenze, Legis Servil. fragm. Berol. 1825 in den Noten zu Cap. 1. und Proleg. p. XI. Die Lex Julia hat hieran, etwa abgesehen von der Höhe jener Summe, (L. 6. §. 2 D. de lege Jul. repet. 48, 11) Nichts geändert, nur das Verbot der Usucapion ist ihr eigenthümlich. Befremden könnte es, daß in dem Gesetze bloß von den Geschenken an den Magistrat, nicht ganz allgemein

greifende Maßregeln. Uebrigens soll auch darauf Nichts ankommen ob die Schenkung ohne Hülle heraustritt, oder sich hinter irgend einem anderen entgeltlichen Geschäfte verbirgt. — Getilgt wird der Makel, der dem Objecte der Erpressung anklebt, durch dessen Rückkehr zu dem Schenker. Daß darin keine Abweichung von den über die res furtivae bereits damals geltenden Regeln beabsichtigt wurde, bedarf wohl keiner Erinnerung. Beachtenswerth ist es indessen, daß die von Julius Cäsar aus dem Jahre 695 a. u.[199]) herrührende lex Julia repetundarum sich noch an die Terminologie der lex Atinia anschließt, welche erst von den Augusteischen leges de vi verlassen wird, (vgl. oben p. 144) wenn gleich die eigenthümliche Auslegung des Atinischen Gesetzes sicher schon zu Cäsars Zeit feststand.

Wir haben es schließlich noch mit einer Klasse von Usucapionshindernissen zu thun, welche aus einer gemeinsamen Wurzel heraus entsprossen sind, dem in Betreff gewisser Sachen erlassenen Verbote der Veräußerung durch ihren derzeitigen Eigenthümer. Die Fragmente unserer Rechtsquellen, welche in allgemeiner Fassung die Regel enthalten, daß ein Gegenstand, dessen Alienation untersagt sei, auch nicht ersessen werden könne, (L. 28 pr. D. de V. S. 50, 16, vgl. L. 16 D. de fund. dot. 23, 5) haben wir schon oben (p. 51, 52) kennen gelernt[200]). Im Einzelnen sind die Gründe jener Veräußerungsverbote allerdings ziemlich mannigfaltiger Natur und beruhen zum größeren Theile mehr auf Rücksichten der öffentlichen Zuträglichkeit und des gemeinen Besten als auf juristischer Nothwendigkeit. Insofern aber für den Ausschluß der Ersitzung an diesen Objecten privatrechtlich schon zur Anerkennung gelangte

---

von pecuniae repetundae die Rede ist. Klenze (a. a. O. p. XI.) hält den Ausdruck „dona“ für die technische Bezeichnung aller Erpressungen. Das ist kaum glaublich, namentlich weil im ersten Capitel der lex Servilia nach Klenzes eigener Restitution (vgl. ebend. p. 4) bei Gelegenheit der magistratus minores „dona“ und die „pecunia coacta, ablata“ ect. unverkennbar unterschieden werden. Die Sache hängt wohl also zusammen. In der Regel mochte sich der Angeklagte darauf berufen, die erpreßten Gegenstände seien ihm als freiwillige Gabe von dem Klagführenden zugekommen, so daß dieselben thatsächlich allerdings meist als Geschenke figurirt haben werden. Dann aber war in Betreff der geradezu gewaltsam in Besitz genommenen Sachen schon in anderer Weise gesorgt durch die lex Plautia de vi, welche einzig auf die vis publica zu beziehen, sich kaum rechtfertigen dürfte. Vgl. v. Wächter, Neues Archiv für Crim. R. Bd. XIII, p. 22, 24, 220 ff. — S. noch Plin. ep. IV, 9.

199) Vgl. Klenze l. l. p. XI. Not. 43.

200) Vgl. noch L. 12. §. 4 D. de Publ. act. 6, 2. v. Vangerow Pandecten, Bd. I, §. 318, p. 672.

Grundsätze maßgebend werden, sind wir völlig befugt, dem genannten Usucapionsverbote hier unter den auf dem Boden des Civilrechtes erwachsenen derartigen Beschränkungen seinen Platz anzuweisen. Dasselbe stellt sich in Wahrheit als ein folgerichtiges Ergebniß aus der bereits dem Privatrechte angehörigen Eigenschaft der Unveräußerlichkeit jener Sachen dar. Gelegentlich wurde dieses Punktes oben einmal erwähnt. Die Entziehung des Rechtes der Alienation, führten wir aus, verfolge überall einen öconomischen Zweck, das Verbleiben des Gegenstandes in dem Vermögen, in welchem er sich gegenwärtig befindet. Da dieser nun auch durch die Usucapion aus dem letzteren herausgenommen werden würde, so sei erst in deren Beseitigung das eigentliche Ziel jener Bestimmung vollständig erreicht. Wir schlossen daraus, daß man bei dem Worte „alienatio“ nicht etwa vorzugsweise an den juristischen Begriff der Rechtsübertragung von Seiten des Verlierenden, sondern lediglich an den Uebertritt der Sache aus dem einen in den anderen Vermögenscomplex zu denken habe, soweit das Verhalten des Eigenthümers mittelbar oder unmittelbar dazu Veranlassung gebe. — Diese Betrachtung erschien vielleicht in der Hinsicht nicht schon erschöpfend, als wir dadurch noch nicht in den Stand gesetzt waren, einen ganz klaren Blick in die rechtlich-logische Construction dieser Verhältnisse zu thun. Indessen entspricht diese doch genau der thatsächlichen Gestaltung der Dinge. Auch hier wird das Veräußerungsverbot nicht — wie man wohl gemeint hat — als ein bloß für ein bestimmtes Individuum geltendes aufgefaßt, welchem dadurch die freie Ausübung seines Eigenthumsrechtes, sei es durch Uebernahme einer entgegenstehenden persönlichen Verbindlichkeit geschmälert, sei es durch directe Minderung der den Inhalt des Dominium bildenden Befugnisse geradezu abgeschnitten wäre[201]): sondern es greift weiter, es knüpft objectiv die Sache an das Vermögen fest, von welchem sie bisher umschlossen wurde, macht diese dadurch zu einer unveräußerlichen und setzt sie, um uns eines schon öfter benutzten jedoch bezeichnenden Ausdruckes zu bedienen, damit aus der Strömung des Vermögensverkehres hinaus. Nur denjenigen Ursachen, von denen es heißt, „vetustiorem causam et originem juris habent necessariam“ (L. 13 D. fam. erc. 10, 2) wohnt noch die Kraft

201) Dieß scheint die Ansicht von Bachofen, Ausgewählte Lehren aus dem Civ. R. Bonn 1848, Nro. II—VI. (vgl. namentlich p. 150, 151, 173, 174) zu sein.

bei, die Proprietät an diesen Objecten auf einen Dritten übergehen zu lassen, indem deren Loslösung von dem übrigen Gute dann nicht in Folge eines willkürlichen Entschlusses, sondern vermöge eines Rechtsgesetzes, dem sonstige praktische Bestrebungen untergeordnet werden mußten, oder vermöge der weiteren Entfaltung früher begründeter Zustände geschieht, auf welche das Verbot rückwärts zu wirken weder vermochte, noch bezweckte. — Freilich tritt der Wortlaut der Rechtsquellen, in denen immer nur von der „alienatio" die Rede ist, scheinbar unserer Behauptung entgegen. Fragen wir nun, warum man gerade eine Bezeichnung wählte, die so sehr an die bloß subjective Befugniß mahnt, so erklärt sich dieß theils daraus, daß der Zusammenhang des einzelnen Objectes mit dem gesammten Vermögen regelmäßig nur durch eine Thätigkeit seines Herrn aufgehoben werden kann. Und diese Redeweise wurde dann wieder zum Anlaß, die Usucapion noch besonders zu nennen, weil dort eine solche Thätigkeit eben nicht Statt hat. Theils und vornämlich aber sollte damit auf die von Papinian in L. 13 D. fam. erc. beregten Ausnahmen hingedeutet werden; man verstand, wie gesagt, alienatio in seinem öconomischen, nicht in seinem juristischen Sinne. — Einen unverwerflichen Beweis für die Richtigkeit unserer Anschauung wird uns gleich der folgende Fall liefern.

Gaius berichtet uns, daß die von einem Weibe ohne Vollwort ihres agnatischen Vormundes veräußerten res mancipi ehemals nicht usucapirt werden durften.

> Inst. II, §. 47. (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent: id ita lege XII. tabularum cau(tum erat)[202].

Ueber die Gründe dieser Vorschrift ist viel Streit gewesen. Man wußte nicht, war sie geboten durch die natürliche Unfähigkeit der Frauen, über ihr Vermögen zu wachen, oder durch das Interesse der Agnaten an dessen unverkürzter Erhaltung. Welches von Beiden das ursprüngliche Motiv gewesen sei, können wir dahin gestellt sein lassen. In späterer Zeit war jedenfalls die letztere Rücksicht die entscheidende, wie dieß aus der ausschließlichen Be-

---

202) Gai. II, §. 80, 81. Ulp. XI, §. 27 fr. Vat. §. 1, 45, 259. Cic. ad Att. I, 5. pro Flacco cap. 35. Vgl. Stemann, Ueber die Geschäfte, bei welchen die auctoritas des muliebris tutor erforderlich war. In Sell, Jahrb. Bd. III, p. 225 ff. namentlich p. 247—255.

rechtigung der agnatischen Tutoren und der dem Weibe zugestandenen Administrationsbefugniß klar hervorgeht[203]), und nicht minder von Gaius[204]) mit unverhüllten Worten angegeben wird, mochte daneben immerhin die von dem ganzen Geschlechte zu beobachtende Zucht und Sitte ihm noch ins Besondere die Theilnahme an den sogenannten actus legitimi versperren[205]). Geringeres Gewicht legen wir auf die den Frauen gestattete Möglichkeit, über res nec mancipi frei zu verfügen. Darin ist immer, gleichviel ob man die Sache von dieser oder jener Seite betrachtet, eine Abweichung von der herrschenden Regel enthalten, welche durch die Nothwendigkeit des täglichen Handels und Wandels, den man dem Weibe nicht verschließen konnte, gebieterisch erheischt wurde. — Handelt es sich demnach um die Sicherung des Anspruchs der Agnaten auf das Gut ihrer weiblichen Verwandten, so konnte man in doppelter Weise diesen Zweck zu erreichen suchen. Entweder man raubte jenen bloß das subjective Recht, die einzelnen Bestandtheile ihrer Habe willkürlich an Dritte zu übertragen, oder man sprach objectiv die Untrennbarkeit der verschiedenen Sachen von dem ganzen Vermögenscomplexe aus. Hätte der Grund für das besondere Recht der Frauen nur in dem durchgehenden Charaktermangel der Individuen gelegen, so würde man

---

203) Gai. I. §. 190, 191. Ulp. XI, §. 25. Vgl. auch Stemann p. 227, 228. — Damit soll indessen nicht gesagt sein, daß das Interesse der Agnaten an der Bevormundung der Frauen erst nachträglich hinzugekommen sei; vielmehr war dasselbe schon von Anfang her vorhanden, ging jedoch ziemlich vollständig unter in der dem Weibe damals zugewiesenen durchaus abhängigen Stellung. Dasselbe war nicht minder wie die Pupillen der potestas ihrer Pfleger untergeben. (Vgl. Cic. pr. Mur. cap. 12. L. 1 pr. D. de tutel. 26, 1. A. M. Puchta Instit. Bd. III, §. 297, p. 194, 195. S. dagegen Bachofen, Ausgew. Lehr. p. 119, Not. 1). Als darüber nach und nach die Anschauungen wechselten, und jenes persönliche Unterthänigkeitsverhältniß bei den Weibern vielleicht noch früher als bei den Pupillen verschwand, (vgl. Gai. I, §. 142) verlor jene Tutel allen inneren Halt, und erschien bloß noch als einseitige, unmotivirte Begünstigung, als Vermögensrecht der Agnaten, während bei den Unmündigen wenigstens das Bedürfniß einer besonderen Obhut nach wie vor bestehen blieb, wenn gleich dem ganzen Institute dadurch ein veränderter Character aufgeprägt wurde. In der That weiß denn auch Gaius die Fortdauer der tutela mulierum nicht genugsam zu rechtfertigen. — Die Ersitzbarkeit der ohne tutoris auctoritas veräußerten res mancipi war bekanntlich bereits in Folge der Rutiliana constitutio (s. oben p. 94, 95) anerkannt.

204) Inst. I, §. 192. — eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, sq.

205) Ulp. XI, §. 27. Nicht zu billigen ist es, wenn Zimmern Rechts-G. Bd. I, §. 245, p. 922 nur deswegen das Usucapionsverbot eingeführt glaubt, weil durch die Ersitzung „eine civile Acquisition entstand.“ Denn auch zur Uebernahme von Obligationen waren die Frauen nicht befugt, mochten jene nun dem jus civile oder dem jus gentium angehören.

von der letzteren Alternative nicht haben Gebrauch machen können, indem man damit das gesteckte Ziel weit übersprang. Unter den obwaltenden Umständen dagegen war der zweite Weg als der ferner führende sogar der consequentere. In der That hat man ihn denn auch eingeschlagen. Das ergiebt sich aus einer Vergleichung mit den von dem Eigenthume der Pupillen geltenden Rechtssätzen[206]. Die persönliche Unfähigkeit zu Veräußerungen, wenn diese hier allein in Betracht käme, theilen sie mit den Weibern, ja sie unterliegen ihr in noch viel höherem Grade[207]. Das nämlich kann dabei offenbar weiter keinen Unterschied machen, ob das Gesetz zu Gunsten der nächsten Blutsfreunde, oder um den Dominus selbst vor Schaden zu behüten, jene Unfähigkeit sanctionirt, jenen Ausschnitt aus den subjectiven Proprietätsbefugnissen herausgehoben hat. Dennoch sind die Gegenstände des pupillarischen Vermögens der Ersitzung darum noch nicht entnommen.

L. 2 D. de eo, qui pro tut. 27, 5. Si is, qui pro tutore negotia gerebat, quum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea usucapta est, petet eam pupillus — (Celsus Lib. XXV Dig.).

L. 2, §. 15 D. pro emt. 41, 4. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione. (Paull. Lib. LV. ad Ed.)[208].

---

206) Vgl. zu dem Folgenden Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 35—38.

207) Ulp. XI, §. 27. Gai. I, §. 192.

208) Die Interpretation dieses Fragmentes, auf welches wir weiter unten nochmals zurückkommen werden, ist allerdings sehr streitig. Die Erklärung des Pulväus, der Unterholzner (a. a. O. Bd. I, p. 128, 129, 133) mehr zweifelnd, Möllenthiel (a. a. O. p. 33, Not. 102) zuversichtlich beipflichtet, und wonach an eine einem Dritten gehörige und von dem Käufer fälschlich für Mündelgut gehaltene Sache zu denken wäre, ist nicht allein willkürlich, sondern wird auch durch eine sorgfältigere Betrachtung des Textes widerlegt. Die „existimatio“ des Käufers geht in der That nicht dahin, daß die Sache Mündelgut sei; er ist vielmehr in dem Wahne, sie von einem Erwachsenen erworben zu haben, wo dann ja die Ersitzung ebenfalls statthaft wäre, so daß nicht einzusehen ist, worin das den thatsächlichen Verhältnissen zugeschriebene Mehr eigentlich bestehe. Darum verdient der Vorschlag des Cujacius (Recit. in lib. 54 Paull. ad Ed.) dem er freilich später untreu wird, (Obs. Lib. XXIV. cap. 14 v. J. 1585) die beiden Worte „res“ und „existimatio“ mit einander die Stelle wechseln zu lassen, immer noch den Vorzug. Zu übersehen ist übrigens nicht, daß in der Glosse auch die Lesart „non plus“ angeführt wird. — Das endlich bedarf wohl keiner Erinnerung, daß wir hier zunächst nur das Vorjustinianische Recht im Auge haben. Ueber den Einfluß von L. 5 C. in quib. caus. in int. rest. II, 41 vgl. u. A. Arndts Pand. §. 162 Anm. 1.

Dieß findet seine Erklärung darin, daß bei der Vormundschaft über die Unmündigen der Gesichtspunkt einer Unterstützung und Ergänzung fremder Hülflosigkeit den der eigenen Berechtigung der Verwandten bei Weitem überwog, und der letztere nur insofern fortdauernd berücksichtigt wurde, als die Agnaten ihren Anspruch auf die Tutel und zwar in Form einer Vindication geltend machen durften[209], um so nebenher auch ihr Interesse zu wahren. Die Usucapion wird erst an denjenigen Objecten unthunlich, deren Veräußerung den Vormündern speciell untersagt ist, weil sie auf alle Fälle dem Vermögen der Pupillen erhalten bleiben sollen[210]. — Wir ersehen hieraus, daß durch die Verkürzung und Schmälerung der subjectiven, aus dem Eigenthum herfließenden Befugnisse nicht auch nothwendig die Usucapion unzuläßig wird, daß deren Verbot noch über diese Grenze hinausgeht und nur aus der objectiven Eigenschaft der Unveräußerlichkeit jener Sachen zu verstehen ist. — Die longi temporis praescriptio freilich begann nicht vor erreichter Großjährigkeit des Dominus ihren Lauf.

L. 3 C. quib. non objic. l. t. p. VII, 35. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Numidio correctori Italiae. — Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non computari. Ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit. P. P. IV, Id. Septemb. ipsis IV et III, A. A. Conss. (290.)

Hier nämlich, wo die Gegenstände selbst nicht unmittelbar in das Recht des Besitzers hineingezogen wurden, indem die l. t. pr. diesem zunächst nur eine Einrede verschaffte, lag es mehr in der Hand des Magistrates, etwaigen anderweitigen Gründen für die Unstatthaftigkeit jenes Erwerbes Raum zu geben[211], wie z. B.

Uns liegt dieß ferner. Fernere Parallelstellen zu den im Texte angeführten liefert v. Vangerow Pand. §. 317, Bd. I, p. 662 Nro. 5.

209) Vgl. v. Scheurl. Beitr. Bd. II, p. 3—5. Bedeutsam ist hier namentlich der Umstand, daß die in jure cessio der tutela impuberum nicht erlaubt war. Gai. I, §. 168.

210) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, §. 36, 37. v. Vangerow a. a. O. Bd. I, p. 662. Bachofen a. a. O. Nro. IV, p. 119—170 namentlich p. 150, 151. Bekanntlich wurde die oratio Severi nachmals auch auf die Curatoren erstreckt.

211) Einer Analogie hierfür sind wir schon oben §. 3, Not. 70a begegnet.

der Hinblick auf die dem Beschädigten zustehende restitutio in integrum wegen minor aetas zu einem solchen bestimmenden Momente werden konnte[212].

Nach der lex Julia de adulteriis[213] war dem Ehemann die Veräußerung des zur Mitgift seiner Gattin gehörigen, und zwar zunächst des Italischen Grundstücks ohne deren Einwilligung verwehrt.

> Gai. Inst. II, §. 63. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum; quod quidem jus, utrum ad Italica tantum praedia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.

Die in den Endworten berührte Streitfrage wurde später, wie es scheint, zu Gunsten der ersten Alternative erledigt, indem erst Justinian jene Vorschrift auch auf die in den Provinzen belegenen Ländereien ausdehnt und dieselbe gleichzeitig noch dahin verschärft, daß auf die etwaige Zustimmung der Frau zu der geschehenen Alienation weiter Nichts ankommen, die letztere vielmehr dessen ungeachtet nichtig sein solle. Et quum lex Julia — heißt es in L. un §. 15 C. de rei uxor. act. V, 13 — fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem, nec si mulier consentiebat — — — placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. — Sed ne ex consensu mulieris hypothecae ejus minuantur, necessarium est, et in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. Es liegt auf der Hand, daß der Kaiser damit die Dos wenigstens in ihren werthvollsten Theilen vor leichtsinniger Verschleuderung sicher stellen wollte; die lex Julia hatte allerdings an letzter Stelle noch andere Zwecke verfolgt, indessen war ihr nächstes Bestreben doch gleicher Weise darauf ge-

---

212) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 121, 122 Not. 126 L. 5 C. in quib. caus. II. 41.

213) Paull. Rec. sent. Lib. II, Tit. 21, B. §. 2. Vgl. zu dem Folgenden Unterholzner §. 78, 79, 80. Glück Comm. Bd. XIX, p. 210, ff. Bachofen a. a. O. Nro, III, p. 89—118.

richtet, die Dotalqualität des Grund und Bodens aufrecht zu erhalten[214]). Hiernach ist es denn vollkommen begreiflich, daß auch die Ersitzung die dergestalt fest geschlossene Verbindung zwischen der Mitgift und den in ihr befindlichen Immobilien nicht lösen durfte. Denn, wenn schon das Gesetz seine Wirksamkeit da verlieren mußte, wo unter den vorliegenden Umständen die rechtliche Nothwendigkeit selbst das Ausscheiden des Fundus aus dem Heirathsgute erforderte[215]), so läßt sich eben dieß von der Usucapion doch nicht sagen, indem hier im letzten Grunde nicht die objective Gestaltung der Rechtsverhältnisse, sondern der zuvörderst rein factische Herschaftswille des Erwerbers die Besitzung ihrer bisherigen Bestimmung entfremdet. Gerade dadurch rechtfertigt sich der Schluß von dem Alienations- auf das Usucapionsverbot, wie er in L. 16 D. de fund. dot. gemacht wird. Und dem entsprechend würden wir dann auch den von Justinian getroffenen Erweiterungen des ersteren den gleichen Einfluß auf die Ersitzung zugestehen müssen, den die ursprüngliche Verfügung der lex Julia

---

214) Vgl. Bachofen a. a. O. p. 90.

215) L. 1 pr. D. de fund. dot. 23, 5. Auch dieß Fragment giebt uns einen Beweis dafür an die Hand, daß das Usucapionsverbot unveräußerlicher Gegenstände seinen juristischen Grund nicht in dem persönlichen Verhalten des derzeitigen Eigenthümers habe. Dessen Nachlässigkeit ist gewiß nicht minder groß, wenn er die cautio damni infecti zu leisten versäumt, oder eine Servitut durch non usus untergehen läßt, (L. 78, §. 2 de jur. dott. 23, 3. In Betreff des Vormundes vgl. L. 3, §. 1, 5 D. de reb. eor. 27, 9. Et manifestum est, restaurari debere s. auch Bachofen a. a. O. p. 95, 125) als wenn er die Ersitzung nicht unterbricht, und doch hat das Letztere keine schlimmen Folgen, während der Verlust der Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch nur indirect, der des Eigenthumsbesitzes ex secundo decreto damni inf. nomine gar nicht aufgehoben wird. Der Satz, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi enthält also jedenfalls nicht den hier zur Anwendung kommenden juristischen Grundgedanken, wird diesem vielmehr in strenger Consequenz untergeordnet, und kann als öconomisches Princip nur auf Umwegen (restaurari debere) zur Geltung gelangen. Wir erklären uns die Entscheidung der L. 1 pr. und L. 78, §. 2 D. citt. daraus, daß es sich hier um Uebertragungen handelt, die dem eigentlichen Vermögensverkehre fremd sind, während die Usucapion allerdings zu ihm zu rechnen ist. — Anders v. Savigny. Er stellt als leitende Regel auf (System Bd. IV, p. 567—70) die Usucapion werde nur da zu einer verbotenen Veräußerung, wo nicht die bloße Unterlassung sondern die eigne positive Handlung des Eigenthümers dazu den Grund lege, und will hiernach auch jenen Ausspruch der L. 28 pr. D. de V, S, 50, 16 beschränkend interpretiren. Dieß ist indessen unmöglich, theils wegen des Ausdrucks „patitur usucapi", theils wegen der gleich folgenden Worte: Is quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Ebenso steht dem L. 16 D. de fund. dot. 23, 5 entgegen. Dort heißt es — non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si ante, quam constitueretur dotalis fundus, jam coeperat. Nach Savignys Ansicht würde hier aber gar kein Gewicht darauf zu legen sein, wann jener Besitz begonnen hatte.

vordem geübt hatte. Practisch ist dieß indessen ohne besondere Erheblichkeit. Bereits in der fast genau[216]) ein Jahr vor der L. un. C. cit. ergangenen L. 30 C. de jur. dot V, 12 ist vorgesehen, daß usucapio und longi temporis praescriptio erst von dem Augenblicke an zu berechnen seien, in welchem die Ehefrau zur Erhebung der Dotalklagen in den Stand gesetzt wäre. Freilich eine bloße Begünstigung des Dotalvermögens, wie wir Aehnlichem früher begegnet sind[217]), die aber hier nicht weiter zur Sprache steht. —

Auf dasselbe Ziel läuft ferner die Satzung hinaus, daß der Vater die seiner Administration unterliegenden sogenannten bona adventicia seiner Kinder[218]), und der parens binubus die durch seine zweite Ehe jenen dem Eigenthume nach zugefallenen lucra nuptialia[219]) nicht veräußern darf. Auch dabei handelt es sich um die Erhaltung gewisser Vermögensstücke für die Kinder und wiederum ist daraus die Folgerung gezogen, daß die Ersitzung an den zu jenen Gütermassen gehörenden Gegenständen unzuläßig sei[220]). —

Bei aller sonstigen Verschiedenheit haben die bisher betrachteten Fälle doch ein Gemeinsames, welches sich freilich zum Theil erst nach und nach im Laufe der Zeiten an ihnen herausgebildet hat: das Veräußerungsverbot fesselt seine Objecte an die Stelle, auf der sie sich gerade treffen, und entzieht sie der ferneren Einwirkung des Vermögensverkehres. Dieß ist der Gesichtspunkt, auf den uns hier Alles ankommt; die Entwickelungsgeschichte der einzelnen Verbote, die nicht für alle dieselbe ist, selbst kleinere Ab-

---

216) Nach den Subscriptionen beider Constitutionen ist L. 30 C. cit. vom 30. October 529. L. un. C. cit. vom 1. November 530. Vgl. auch v. Buchholtz Justinians Verordnungen chronologisch geordnet. In Sell Jahrb. Bd. II, p. 122, 130. Nur wenn die Frau in die Veräußerung einwilligt, ist jener Unterschied noch von Bedeutung. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 261.

217) Vgl. oben p. 119, 120. Das Recht der Dos ist übrigens später auf die donatio propter nuptias übertragen. Nov. 61, cap. 1. Vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I, §. 163. Für die Beurtheilung dieser Verhältnisse sind namentlich die Worte wichtig: Quod enim semel vinculis donationis ante nuptias constrictum est, alienare non decet.

218) L. 1, §. 1, 3. L. 2, 3, 6, 7 C. Th. de matern. bon. VIII, 18. L. 1, 2 C. J. eod. VI, 60. L. 4 L. 8, §. 5 C. J. de bon. quae lib. VI, 61. Vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I, §. 189, p. 692 ff.

219) L. 2 C. Th. de secund. nup. III, 8. Nov. Theod. Tit. XIV, §. 5. Ed. Haenel Bonnae 1844. L. 3, 5, 8 C. J. de sec. nupt. V, 9. Nov. 22 c. 23, 24 cf. Nov. 98, cap. 1.

220) L. 1, §. 2 C. J. de annal. except. VII, 40. Nov. 22, cap. 24 vgl. auch noch Zimmern a. a. O. Bd. I, §. 178.

weichungen in der endlichen Gestaltung des Details, können wir deshalb gegenwärtig auf sich beruhen lassen. Das ist weniger für die Usucapion, als für die Lehre der Veräußerungsverbote von unmittelbarer Wichtigkeit. Den Beweis für unsere Darstellung entnahmen wir hauptsächlich aus dem Umstande, daß die Richtigkeit der von dem Eigenthümer vorgenommenen Alienation an sich auch da die Ersitzung nicht verhindert, wo sie keinesweges aus einem bloßen Mangel des Uebertragungsactes herrührt, sondern ihren Grund darin hat, daß der Dominus ein für alle Mal der Fähigkeit zur Veräußerung beraubt, das Recht dazu aus der Reihe seiner Proprietätsbefugnisse ausgestrichen ist[221]. — Wir sahen endlich, daß überall, wo die Usucapion der Gestalt unzulässig wird, die betreffende Sache dem Vermögen einer bestimmten Person erhalten werden sollte. Gewiß war es da das einfachste Mittel, den Gegenstand selbst zu einem unveräußerlichen zu stempeln, wogegen es nur als halbe Maßregel und unnöthiger Umweg erscheinen konnte, wenn man hätte den subjectiven Herrschaftskreis des Eigenthümers in der angegebenen Weise beschränken wollen. — Allein nicht unter allen Umständen war solch ein directes Vorgehen statthaft. So hatte ein prätorisches Veräußerungsverbot, mochte der dadurch erstrebte Zweck nun sein, welcher er wollte, niemals den Erfolg, die Usucapion zu verhindern[222].

L. 12 D. h. t. 41, 3. Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes. (Paull. Lib. XXI ad Ed.)

---

221) So zählt auch Lauk Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. Bd. 5 die Unfähigkeit der Pupillen zu alieniren zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten. (p. 5, 6.) Damit soll natürlich nicht die Stelle im Systeme bezeichnet werden, wo diese Lehre abzuhandeln wäre; hierfür kommen in der That weitergreifende Beziehungen und allgemeinere Gesichtspunkte in Betracht. Nur wenn wir diese einzelne Consequenz aus jenem beherrschenden Principe für sich anschauen, werden wir sie vermöge ihrer juristischen Structur hier einzureihen haben. — Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten gehört dagegen in keiner Weise hierher. Dadurch ist nur eine bestimmte Art der Uebertragung ausgeschlossen. Wir werden weiter unten nochmals darauf zurückkommen. Bei den Willensunfähigen endlich ist die Unmöglichkeit der Alienation eine factische, keine juristische.

222) In der Regel werden die richterlichen Veräußernngsverbote den gesetzlichen gleichgestellt. So von Puchta Pand. §. 144, Not. b. Arndts Pand. §. 132, p. 180. v. Vangerow Pand. §. 299, p. 631. während Andere wie Sintenis Civ. R. Bd. I, §. 51 Not. 39 a. f. p. 502, 503. C. Sell die Röm. Lehre vom Eigenth. §. 26, p. 154 ihnen ebensowenig wie den vertragsmäßigen einen Einfluß auf die Usucapionsfähigkeit der Sache einräumen. Von dem Römischen Prätor ist das freilich richtig; (er muß deshalb oft zu Cautionen seine Zuflucht nehmen, vgl. z. B. L. 71 pr. D. de cond. et. dem. 35, 1) der heutige Richter nimmt jedoch eine ganz andere Stellung ein. Vgl. auch Lauk a. a. O. p. 3.

Bloß wegen der Unredlichkeit des Besitzers, welcher den obrigkeitlichen Befehl offenkundig mißachtet, ist die Ersitzung ausgeschlossen. Der bonae fidei possessor ist also dadurch nicht beeinträchtigt. Und das steht im engsten Zusammenhange mit der ganzen Art und Weise, wie der Prätor seine Principien in das Privatrecht einführt. Jus facere non potest wird von ihm in der Parömie gesagt[223]; nur sein Imperium dient ihm dabei als Stütze. Dem sind aber nicht die Sachen, sondern lediglich die Menschen unterworfen, und einzig für diese Rechtspflichten daraus zu begründen. Daher ist er außer Stande, auch nur die dem Individuum durch das Dominium gewährten Zuständnisse aufzuheben, geschweige denn die Dinge selbst dem Vermögensverkehre unzugänglich zu machen. Er vermag höchstens, dem einzelnen Bürger eine obligatorische Verbindlichkeit aufzuerlegen, und auch das bloß jure honorario[224]. Allerdings hatte er es in seiner Gewalt, die gerichtliche Verfolgung einer wider seine Anordnung veräußerten Sache abzuschneiden; allein daß er dieß hier wirklich gethan, dafür haben wir keinerlei positive Beglaubigung[225]. — Keine andere Wirkung als das Entstehen einer persönlichen Obliegenheit zieht die vertragsmäßige oder testamentarische Untersagung der Alienation nach sich, sofern nicht etwa in der letzteren ein Vermächtniß enthalten ist[226]. Hierdurch wird demnach dem Beginne und der Vollendung der Usucapion kein Anstoß bereitet[227]. Diese Verbote treten mithin nebst dem so eben besprochenen magistratualischen in einen scharfen Gegensatz zu den gesetzlichen, welche unmittelbar die ihnen unterliegenden Objecte selbst ergreifen. Die Mitte zwischen Beiden bildet das Recht der Pupillen, denen die volle Ausübung ihres Eigenthums freilich geradezu verwehrt, dieses sonach in erheblicher

---

223) Vgl. v. Savigny System Bd. I, p. 117. Puchta Inst. Bd. I, §. 82, p. 343. Erxleben Lehrb. d. Röm. R. Bd. I, §. 29, p. 145.

224) L. 52, §. 6 D. de O. et A. 44, 7 f. Schmidt Interd. p. 8, 315.

225) So heißt es im Gegentheil in L. 12, §. 4. de Publ. act. 6, 2. Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat — ect.

226) Vgl. L. 114, §. 14 de leg. I, 30. L. 71 pr. D. de cond. et dem. vgl. Windscheid. Die Lehre v. d. Voraussetzung. Düsseldorf 1850, p. 104—107, p. 127. Seuffert (E. A.) das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen. München 1854, p. 25.

227) Vgl. Bachofen a. a. O. Nro. VI, p. 173—184 und wegen L. 2 C. de usuc. pr. emt. VII, 26. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 134 ff. p. 161.

Weise geschmälert, deren Vermögen aber nicht durchweg der Ersitzung entzogen ist. —

Endlich sind hier noch zwei Constitutionen Justinians zu erwähnen, L. 4 C. de litigios. VIII, 37 und L. 3 C. commun. de legat. VI, 43. Um von der ersteren anzufangen, so ist darin bestimmt, daß der Beklagte das Proceßobject während dauernden Rechtsstreites von einzelnen Ausnahmen abgesehen nicht solle an Andere überlassen dürfen. Jeder darauf abzielende Vertrag ist nichtig[228]), der wissentliche Erwerber überdieß mit Strafe bedroht, der gutgläubige zwar auch zur Herausgabe der Sache verbunden, jedoch durch einen Anspruch auf vier Drittel des von ihm geleisteten Kaufpreises oder des Sachwerthes gegen seinen Autor für etwaige Einbuße entschädigt. Des Ausschlusses der Verjährung ist nicht besonders gedacht; eben so wenig ertheilt uns Nov. 112 cap. 1 hierüber eine bestimmte Auskunft. Bekanntlich steht die Justinianische Gesetzgebung in diesem Punkte mit dem alten Rechte der res litigiosae, wonach dem Kläger deren Veräußerung nicht erlaubt war, nur in einem losen, oberflächlichen Zusammenhange. Dieses will der Vexation des Beklagten nach Kräften entgegenarbeiten, der er durch eine maßlose Vervielfältigung der gegen ihn anzustrengenden Processe ausgesetzt sein würde; jene bezweckt sich des Resultates der Realexecution im Interesse des Klägers von vorn herein möglichst zu vergewissern. Das eine ist gegen den nicht besitzenden Angreifer, die andere gegen den besitzenden Verklagten gerichtet[229]). Ein Schluß ist deshalb von diesem auf jene nicht zu machen, und überdieß dadurch völlig unthunlich, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Ersitzung sich ehemals gar nicht erheben konnte, indem der Kläger den Besitz an seinen Rechtsnachfolger zu übertragen außer Stande war. — Bleiben wir also dabei stehen, der Kaiser habe sich bestrebt, der aus der eigenmächtigen Verfügung des Inhabers über den strittigen Gegenstand drohenden Gefahr einer gänzlichen Vereitelung der Urtheilsvollstreckung vorzubeugen, so wird leicht ersichtlich, daß es sein Gedanke nicht war, die betreffende Sache an das Vermögen ihres Besitzers festzuketten, — gieng er doch umgekehrt von der Betrachtung aus, daß sie dem-

---

228) L. 4 C. cit. Censemus — vitio litigiosi contractus subjacere — tunc irrita alienatione facta.

229) S. Bachofen a. a. O. Nro. II, p. 59—88 besonders p. 87, 88.

selben eben so wohl fremd sein könne — sondern nur ihre Wanderschaft aus der einen in die andere Hand zu verhüten, den factischen, nicht den rechtlichen Uebertritt aus der einen in die andere Gütermasse zu hintertreiben. Also nur darauf kommt es an, daß der Beklagte Nichts unternehme, was die im Processe befangene Sache der Vollziehung des Richterspruches entrücken möchte. Daher wird denn auch eine Anzahl von Veräußerungsacten gestattet, bei welchen der Verdacht minder leicht aufstieg, daß dadurch bloß dem Gegner die thatsächliche Erreichung des ihm zuerkannten Eigenthums erschwert werden solle. — Zu einem Usucapionsverbote ist demnach ein innerer Grund nicht vorhanden, und daß Justinian ein Uebriges gethan, und auch ohne dringende Noth ein solches Verbot erlassen habe, mindestens sehr zweifelhaft[230]. —

Etwas anders verhält es sich mit L. 3 C. comm. de leg. Ein besonderes Veräußerungsverbot für vermachte Sachen kannte das frühere Recht nicht. Nur verstand sich die Ungültigkeit solcher Verfügungen durch den Erben überall da von selbst, wo jene Objecte durch den Erbantritt sofort in das Eigenthum des Bedachten gelangten. Und in diesem Falle war denn, sobald der Erbe von der Seitens des Testators getroffenen Disposition Kenntniß hatte, vermöge des in der Alienation begangenen Diebstahls wenigstens an Mobilien die Ersitzung ausgeschlossen[231]. Noch weiter wurde die Möglichkeit der letzteren eingeengt theils durch die in L. 1 C. comm. de leg. erfolgte Verschmelzung von Fideicommissen und Legaten[232], theils durch die Gewährung eines gesetzlichen Pfandrechtes an den Nachlaßgegenständen, welche dem Vermächtnißträger letztwillig zugekommen sind[233], so daß

---

230) L. 1 C. de praescr. l. t. VII, 33 kann dafür allerdings nicht beweisen. Die Stelle handelt von einer nach dem freiwilligen Aufgeben des Processes — post motam et omissam quaestionem — vorgenommenen Veräußerung, wo die Sache nicht mehr litigios ist. Vgl. Sell Eigenth. §. 29 a. E. p. 161, 162. Sintenis Civil. R. Bd. I, §. 51, Not. 39. Wenn indessen am letzteren Orte gesagt ist, res litigiosae könnten ersessen werden, sofern sie ohne Veräußerung an einen bonae fidei possessor gekommen seien, so kehrt dieß auf die oben Not. 215 besprochene und bekämpfte Interpretation der L. 28 pr. D. de V. S. zurück. Von dem daselbst Not. 38 berührten Verhältnisse wird später gehandelt werden.

231) Vgl. Seuffert a. a. O. §. 1—3.

232) S. ebend. §. 4—6.

233) Dieß ist besonders von Erheblichkeit für betagte Vermächtnisse. Ueber die Existenz der Hypothek für eine betagte Forderung vgl. Huschke Zeitschr. für Civ. R. u. Proc. Bd. XX, p. 161—166 vgl. auch p. 152.

diese[234]) bloß dann noch ersessen werden können, wenn sie entweder bona fide von dem Onerirten weiter überlassen sind, oder wenn sie in Immobilien bestehen, oder endlich, wenn die Anordnung des Verstorbenen ein Universalfideicommiß ist[235]). Bei bedingten Zuwendungen ließ sich dem Belasteten das Recht der Alienation nicht absprechen, so lange die Bedingung noch schwebte[236]), mit deren Eintritt jedoch wurde das Geschäft rückwärts gänzlich vernichtet. Indessen konnte in der Zwischenzeit die Usucapion immerhin dem gutgläubigen Erwerber ein unwiderrufliches Dominium gegeben haben[237]). In diesen Zustand greift nun L. 3 C. cit. ein. Jegliche Veräußerung legirter Sachen ist dem Vermächtnißträger untersagt. Einzig bei bedingter Anordnung wird sie ihm gestattet, in ihren Folgen für den Bedachten aber durch ausdrückliche Beseitigung aller Verjährung unschädlich gemacht; und in gleicher Weise ist bei den übrigen Vermächtnissen für die Sicherheit des Honorirten gesorgt. — Das ganze Verhältniß wäre sehr einfach und würde mit den bereits oben von uns vorgetragenen Principien durchaus übereinstimmen, daß nämlich ein objectives Usucapionshinderniß stets da gerechtfertigt sei, wo man ein Object für ein bestimmtes Vermögen erhalten wolle, wenn der Inhalt der L. 3 C. cit. sich nicht ausschließlich auf wissentliche Veräußerungen beschränkte[238]). Hiernach gewinnt das Ganze wieder den Anschein, als ob nur eine dem Buchstaben des Gesetzes nach nicht immer anfechtbare Unredlichkeit des Belasteten durch die neue Ordnung der Dinge ein für allemal habe abgestellt werden sollen. In diesem Zusammenhange ist das Usucapionsverbot dann allerdings eine Anomalie, welche bei dem Geiste des Justinianischen Rechtes an sich zwar nichts Befremdendes hat, den sonst herrschenden Grundsätzen jedoch durchaus zuwider läuft.

234) Darüber, daß die L. 1 C. comm. de leg. nicht auf fremde, dem Onerirten oder gar einem Dritten gehörige Sachen sich erstreckte s. Seuffert a. a. O. p. 41, 42. Auch L. 3 C. eod. bezieht sich darauf nicht, wie namentlich die Worte beweisen — ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat wonach die Möglichkeit einer Vindication durch den Legatar vorausgesetzt wird.

235) Vgl. Glück Commentar Bd. XIX, p. 168, 169.

236) Seuffert a. a. O. p. 4, 5.

237) Ebendas. §. 14, p. 84.

238) Vgl. hierüber Seuffert §. 13, p. 80, 81. Dieß ist denn auch die von der Mehrzahl unserer Juristen adoptirte Ansicht. Anderer Meinung sind: Burchardi Lehrb. d. Röm. R. §. 169. Bd. II, p. 435 Nro. 5. Sell Lehre v. Eigenth. p. 160, 161. Zweifelnd äußert sich Göschen Vorles. §. 264, p. 135.

Dieß muß uns nun aber unter allen Umständen bedenklich machen, die Ersitzung auch da noch für unstatthaft zu erachten, wo sie der Kaiser nicht schon unzweideutig dafür erklärt hat. Wir werden deshalb z. B. die bona fides des ersten Erwerbers nicht neben dem guten Glauben des Veräußernden als Bedingung für deren Wirksamkeit ansehen dürfen, wie dieß u. A. von Seuffert geschieht[239]). Dafür kann man sich namentlich nicht auf die Stellen berufen, welche von der alten, von Justinian in L. 3 C. cit. aufgehobenen missio in rem handeln[240]), indem dabei der Machtvollkommenheit des Magistrates und den Gründen der Billigkeit ein viel größerer Spielraum offen blieb als hier, wo wir es lediglich mit der inneren Consequenz des Rechtes zu thun haben. Was insbesondere die Bedeutung der von jener missio redenden Fragmente für die Justinianische Compilation anlangt, soweit sie in dieser Aufnahme gefunden haben, so ist nur in zweien derselben L. 89, §. 7 D. de leg. II, 31 und L. 38 pr. D. de leg. III, 32 und selbst da nur beiläufig der bona fides des Käufers gedacht. Und daran sollte in der That Niemand Anstoß nehmen, indem auch heutzutage noch die Gültigkeit des Vertrages darnach zu entscheiden ist. Im Uebrigen[241]) wird die Unkenntniß des Veräußernden von der Vermächtnißqualität nicht erwähnt. Auch möchte zum Theil der Umstand auf die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses durch die Juristen nicht ohne Einwirkung geblieben sein, daß dort vielfach von Familienfideicommissen die Rede ist. —

Mustern wir nun nochmals sämmtliche Fälle durch, in denen gewisse Sachen der Ersitzung entnommen sind, so sonderten sich diese in zwei große Klassen. Die erstere von ihnen umschloß diejenigen Gegenstände, welche diese ihre Eigenthümlichkeit äußerlichen, dem Privatrechte ursprünglich fremden Einflüssen verdankten, sei es daß sie einem höheren Rechtssysteme unterworfen waren, welches sie den Gesetzen eines anderen und niedrigeren nicht unterthan sein ließ, sei es, daß politische Rücksichten für sie maßgebend wurden, welche dem eigentlichen Rechtsgebiete überhaupt nicht mehr angehörten, sondern bald durch die allgemeine Zweckmäßigkeit, bald durch eine billige Begünstigung des Eigenthümers

239) A. a. O. §. 13, p. 81.

240) Vgl. Seuffert p. 21 — 38.

241) L. 109, §. 1 D. de leg. I. L. 69, §. 1 de leg. II. L. 38 pr. D. de leg. III.

geboten erschienen. Die zweite Klasse umfaßte hingegen die Objecte, welche vermöge der eigenen inneren Folgerichtigkeit des Privatrechts dahin gesetzt waren, indem dieses sie zeitweise aus dem Vermögensverkehre ausschied. Auch sie theilten sich abermals in zwei Gruppen, je nachdem sie entweder durch ein äußeres Factum oder durch eine Rechtsvorschrift, das Alienationsverbot, in diese Ausnahmsstellung geriethen. — Sahen wir nun, daß dort jenes Factum durch einen entgegengesetzten Act wieder aufgehoben werden mußte, daß erst mit dem reverti in potestatem domini die Möglichkeit der Usucapion aufs Neue begann, so können wir dem entsprechend hier nur dem Aufhören der rechtlichen, die Ersitzung abwehrenden Eigenschaft der Dinge die gleiche Wirkung zuschreiben. Und zwar wird dieselbe ebenso unvermittelt ein Ende nehmen, als sie ohne weiteres Zuthun ipso jure in das Leben getreten ist. Das liegt so sehr auf der Hand, daß es eines besonderen Beweises dafür kaum bedarf. Zum Ueberfluß sagt uns Justinian wenigstens in Bezug auf Dotalgrundstücke, das Hinderniß für die Usucapion sei hinweggeräumt, sobald die Ehefrau die actio de dote anstellen könne[242]). Es kann daher nur für eine nicht weiter auszudehnende Willkürlichkeit gelten, wenn Justinian[243]) bezüglich der lucra nuptialia die ordentliche Verjährung nicht bereits mit Auflösung der väterlichen Gewalt wieder in ihr Recht eintreten läßt. Indessen ist doch selbst hier dieser Zeitpunkt der Anfangsmoment der außerordentlichen Ersitzung. Dagegen folgt das Recht der Vermächtnisse wieder der allgemeinen Regel. Wie der ihnen anhaftende Makel erst durch die betrügliche Veräußerung entsteht, so wird er auch nicht anders als durch die Rückkehr der Sache zum Honorirten getilgt[244]). — Eine durchaus andere Frage ist es aber, ob der Besitz, welcher noch während des Ausschlusses der Usucapion erlangt war, nach

---

242) L. 30 C. de jur. dot. V. 12. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive — ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere. Und darin hat L. un. §. 15 C. de rei uxor. act. V, 13 Nichts geändert. vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I, p. 260, 261 dann auch p. 132 Nro. 6. v. Vangerow Pand. Bd. I, p. 665, B. 1.

243) Nov. 22 c. 24. Vindicabunt enim ea omnino filii — non aliter excludendi, nisi tricenale transeat tempus et detentatio dominos accipientes constituat; incipiente filiis tempore currere, ex quo suae potestatis apparuerunt existentes aut facti; nisi tamen aliqua impubes aetas adjuvet adhuc. Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 34.

244) S. Seuffert a. a. O. p. 86, Nro. 2.

deren Zulässigkeit zum Eigenthumserwerbe zu führen vermöge[245]). — Doch davon später. —

In Betreff der dreißigjährigen Ersitzung endlich, die bei allen diesen Gegenständen, mit Ausnahme der lucra nuptialia, sofern sie nur in commercio sind, unbedenklich Platz greift, mag hier vorläufig an ihre, der Klagverjährung sich annähernde Natur hingewiesen werden. Das Genauere darüber müssen wir gleichfalls einer geeigneteren Stelle aufbewahren.

245) Vgl. L. 16 D. de fund. dot. 23, 5. L. 9 C. pr emt. VII. 26.

Inhalt.

Druck von J. Draeger in Berlin, Adlerstraße 9.

Freme

Schirmer, Theodor,

Die Grundidee der usucapion im römischen Recht

Berlin 1855